



Universidad
de Alcalá

PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS DE ODIO: ESPECIAL
REFERENCIA A LOS DELITOS QUE AFECTAN A LA LIBERTAD
RELIGIOSA Y SU PERSECUCIÓN PENAL

*PROTECTION OF VICTIMS OF HATE CRIMES: SPECIAL REFERENCE TO
CRIMES AFFECT RELIGIOUS FREEDOM AND THEIR PROSECUTION*

Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado

Realizado por:

D. SAMUEL ANGUITA MONTENEGRO

Dirigido por:

Dra. D^a ISABEL CANO RUIZ

Alcalá de Henares, febrero de 2021

“No cabe en un folio el universo,
tampoco en una frase cabe mi gratitud”.

Sharif Fernández.

A mi familia y amigos, por su apoyo incondicional.

A Laura, por ser la calma en la tormenta.

Y a mi hermana, por ser ejemplo de superación
en la lucha contra la adversidad.

RESUMEN: El objetivo del presente estudio es recorrer el camino delictivo que nos podemos encontrar en un procedimiento seguido por un delito de odio. En primer lugar, para poder identificarlo, hemos ofrecido su delimitación conceptual y una enumeración de los distintos ilícitos de este tipo presentes en el Código Penal. En esta etapa hemos nos hemos detenido para estudiar con mayor profundidad los delitos de odio que atacan la libertad religiosa, dada la proliferación que están experimentando. A continuación, hemos recopilado los derechos y garantías de protección que ofrece la Ley a las víctimas, lo cual no solo es importante para ellas, sino también para el resto de operadores jurídicos intervinientes, a fin de evitar reiteraciones delictivas y la victimización secundaria. Por último, hemos desarrollado el deber de persecución que tienen las autoridades una vez denunciado un delito de odio, así como los distintos medios de prueba disponibles para castigar a los responsables.

PALABRAS CLAVE: Delitos de odio, delitos contra la libertad religiosa, derechos de las víctimas, protección a las víctimas, prueba de indicios, indicadores de polarización, discriminación, intolerancia.

ABSTRACT: *The main target of this study is to travel the criminal path that we can find in a procedure followed by hate crimes. Firstable, in order to identify them, we have offered their conceptual delimitation and a list of the different crimes of this type present in the Penal Code. At this stage, we have stopped to study more carefully hate crimes that attack religious freedom, due to the proliferation they are experiencing. Next, we have compiled the rights and guarantees of protection that the Law offers to victims, which is important for them, but also for the rest of the intervening legal operators, in order to avoid criminal repetitions and secondary victimization. Finally, we have developed the duty of persecution that the authorities have once a hate crime has been reported, as well as the different means of proof available to punish those who are responsible.*

KEYWORDS: *hate crimes, crimes against religious freedom, victim's rights, victim's protection, clues proof, polarization indicators, discrimination, intolerance.*

ÍNDICE DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

Artículo	Art.
Artículos	Arts.
Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea	CDFUE
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	CEDH
Código Penal	CP
Constitución Española	CE
Declaración Universal de los Derechos Humanos	DUDH
Fiscalía General del Estado	FGE
Fundamento Jurídico	FJ
Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado	FCSE
Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa	LOLR
Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil	LEC
Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito	LEVD
Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito	OAVD
Organización de las Naciones Unidas	ONU
Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa	OSCE
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	PIDCP
Real Academia Española	RAE
Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal	LECrim
Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.	REVD
Registro de Entidades Religiosas	RER

Sentencia de la Audiencia Provincial	SAP
Sentencia del Tribunal Constitucional	STC
Sentencias del Tribunal Constitucional	SSTC
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	TEDH
Sentencia del Tribunal Supremo	STS
Sentencias del Tribunal Constitucional	SSTC
Tribunal Constitucional	TC
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	TEDH
Tribunal Supremo	TS
Unión Europea	UE

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	7
II. LOS DELITOS DE ODIO EN ESPAÑA	9
1. Delimitación conceptual: definición de los delitos de odio	9
2. El confuso término «delito de odio»	11
3. Clasificación de los delitos de odio en España	12
III. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD RELIGIOSA	24
1. Aproximación al derecho fundamental a la libertad religiosa	25
1.1. Contenido	25
1.2. Manifestaciones de la libertad religiosa según la dimensión individual y colectiva del derecho	26
2. Clasificación y enumeración de los delitos contra la libertad religiosa	30
2.1. Coacción impediende y coacción comisiva (art. 522 CP)	31
2.2. Delito de perturbación de actos religiosos (art. 523 CP)	34
2.3. Delito de profanación religiosa (art. 524 CP)	37
2.4. Delito de escarnio religioso y vejación a creyentes (art. 525 CP)	40
3. El conflicto entre la libertad de expresión y la libertad religiosa	43
IV. PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMA DE LOS DELITOS DE ODIO	46
1. Concepto de víctima	46
2. Especial consideración de las víctimas de los delitos de odio	48
3. Derechos de la víctima	49
3.1. Derechos extraprocesales	50
3.2. Participación de la víctima en el proceso	54
3.3. Protección de las víctimas	57
V. PERSECUCIÓN Y ENJUICIAMIENTO DE LOS DELITOS DE ODIO	61
1. Deber de investigación oficial en supuestos de delitos de odio	61

2. Prueba de la motivación discriminatoria	62
2.1. Indicadores de polarización y prueba indiciaria	62
2.2. Prueba pericial de inteligencia	67
2.3. Otros medios de prueba	68
VI. CONCLUSIONES	71
BIBLIOGRAFÍA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA	80

I. INTRODUCCIÓN

«Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». Así comienza la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948. No es baladí tal proclama, dado el contexto histórico que la precedía: la Segunda Guerra Mundial y el holocausto nazi. Un periodo tenebroso en el que las atrocidades motivadas por el odio (no solo hacia el pueblo judío, sino también hacia otras etnias, comunidades religiosas y grupos minoritarios, como los gitanos, los testigos de Jehová, los homosexuales o las personas con discapacidad¹) fueron protagonistas de tan lamentable episodio de nuestra historia.

Como señala el Memorial de Auschwitz, es importante recordar que el Holocausto no empezó en las cámaras de gas y los asesinatos, sino que el odio creció gradualmente a partir de palabras, estereotipos y prejuicios mediante la exclusión legal, la escalada de violencia y la deshumanización². De ahí la necesidad de prevención, para lo cual es preciso la existencia de los llamados delitos de odio.

A estos efectos, y para subrayar la gravedad de esta tipología de ilícitos, cabe señalar que los delitos de odio no solo suponen una vulneración de los derechos humanos de las víctimas, sino que suponen un perjuicio para la sociedad en su conjunto. En efecto, en nuestro país, la Constitución recoge las máximas contenidas en el principio de la DUDH mencionado, y coloca a la igualdad y el pluralismo entre los valores superiores del ordenamiento jurídico, y a la dignidad y el desarrollo a la libre personalidad como fundamento del orden político y la paz social (arts. 1.1 y 10.1 CE). De este modo, los delitos de odio suponen a su vez un atentado contra el Estado social y democrático de Derecho en sí mismo, y contra el orden político y la paz social. Asimismo, como se apunta desde el Ministerio del Interior, un solo delito de odio puede desembocar en conflictos y violencia de mayor escala³.

Por otro lado, se constitucionaliza la competencia de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos

¹ UNICEF, «Día internacional de Conmemoración de las Víctimas del Holocausto». Disponible en: <https://cutt.ly/dj5HFUH> [última visita 27/01/2020].

² *Tweet* publicado el 27 de noviembre de 2018 en *Twitter* por el perfil oficial del *Auschwitz Memorial*, disponible en: <https://cutt.ly/zj5GTCB> [fecha de consulta 27/01/2020].

³ Ministerio del Interior, «Informe de la Evolución de los delitos de odio en España. Año 2019». Disponible en: <https://cutt.ly/vjPBwQp> [fecha de consulta el 29/01/2020].

en que se integran sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que lo impidan o dificulten (art. 9.2 CE).

En consecuencia, en protección a tales derechos, y en virtud del mencionado compromiso, se han regulado distintos delitos de odio a lo largo del Código Penal. Así pues, el presente trabajo se dedicará a estudiar y analizar los distintos delitos de odio, la protección a las víctimas, y la persecución y enjuiciamiento de los mismos.

De este modo, como cuestión previa, referiremos que el concepto “delito de odio” alude a una tipología de delitos, es decir, constituye un criterio de clasificación de diferentes ilícitos caracterizados porque la víctima es elegida con base en un motivo discriminatorio. Una vez realizada la aproximación conceptual, nos referiremos al desacierto en el empleo del término “odio”, pues puede llevar a confusión.

A continuación, señalaremos los rasgos elementales de los distintos delitos de odio tipificados, deteniéndonos en el análisis de los delitos contra la libertad religiosa. A ellos dedicaremos un epígrafe exclusivo, en el que estudiaremos las vulneraciones de tal preciado derecho fundamental que, a los ojos del legislador, son merecedoras de castigo punitivo. Asimismo, expondremos el conflicto entre la libertad religiosa y la libertad de expresión, pues en esta última se escudan ciertas personas para atacar las creencias religiosas de los demás.

Llegados a este punto, al ser conscientes de la especial vulnerabilidad y las necesidades de especial protección de las víctimas de delitos de odio, expondremos los derechos y las garantías de protección reconocidas legalmente. Ello presenta vital importancia a la hora de investigar los delitos de odio pues, en numerosas ocasiones, aquellos damnificados por la intolerancia no interponen la correspondiente denuncia, maniatados por el miedo y por el desconocimiento de los derechos que les pertenecen.

Por último, nos referiremos a la persecución y enjuiciamiento de los delitos de odio. Primero, expondremos el deber de las autoridades a desplegar una investigación oficial y efectiva cuando sea denunciado un delito de odio. A continuación, nos referiremos a la prueba del móvil discriminatorio, pues constituye la principal dificultad a la hora de investigar un delito de odio. Veremos que, por ello, se admite la prueba de indicios, e igualmente nos referiremos a otros medios de prueba, entre ellos la prueba pericial de inteligencia.

II. DELITOS DE ODO EN ESPAÑA

1. Delimitación conceptual: definición de delito de odio

La delimitación conceptual de los delitos de odio presenta suma importancia. Por un lado, para conocer cuáles son los concretos delitos de esta naturaleza existentes en el ordenamiento jurídico español y, por otro lado, para evitar que el uso excesivo e inadecuado del término acabe difuminando límites de derechos fundamentales como la libertad de expresión y la dignidad humana⁴.

Sin embargo, en nuestro CP no encontramos una definición que determine qué son los delitos de odio, ni un capítulo que los recoja y regule. Al contrario, estos ilícitos están diseminados a lo largo del texto penal⁵. Por lo tanto, debemos acudir al marco jurídico internacional para conocer el concepto de los delitos de odio⁶. Así llegamos a la definición que realiza la OSCE, por la cual son delitos de odio

«Cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo (...) basado en una característica común de sus miembros, como su raza real o perceptiva, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar»⁷.

De la definición aportada, podemos señalar las siguientes características:

a) Los dos elementos necesarios para apreciar un delito de odio son, primero, una infracción penal, es decir, que se cometa un delito tipificado en el CP; y, segundo, que

⁴ VV.AA., *Delitos de odio, guía práctica para la abogacía*, Fundación Abogacía Española, p. 7. Disponible en: <https://cutt.ly/ahdJJkW> [Fecha de consulta: 04/09/2020].

⁵ DOMÍNGUEZ DUEÑAS, M.^a G., *Los delitos de odio*, p. 1. Disponible en: <https://cutt.ly/chdJF7v> [fecha de consulta 12/09/2020]

⁶ Conforme a los arts. 96.1 y 10.2 CE, el término «delito de odio», así como las distintas infracciones penales del CP que se enmarquen bajo dicha denominación, deben interpretarse conforme a los tratados internacionales firmados por España y a las recomendaciones de los organismos internacionales de defensa de Derechos Humanos que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. *Vid.*: AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *Manual Práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015, p.24. Disponible en: <https://cutt.ly/ShdJL1a> [Fecha de consulta: 22/11/2020].

⁷ Ministerio del Interior, «Qué es un delito de odio». *Vid.*: <https://cutt.ly/ZhdJMCC> [Fecha de consulta: 22/11/2020]

dicha infracción penal venga motivada por los prejuicios discriminatorios del autor⁸, dirigidos contra algún colectivo por presentar rasgos que los diferencie del resto⁹.

b) El término «delito de odio» no alude a un delito en concreto, sino que se trata de un criterio interpretativo por el cual se otorga esta denominación y se actúa penalmente contra aquellos delitos consumados en base a un motivo discriminatorio. Por lo tanto, constituye un concepto que abarca un conjunto de ilícitos que tienen en común la motivación delictiva¹⁰.

c) Cuando la OSCE señala que la víctima del delito pueden ser personas, propiedades o lugares, está haciendo referencia a un sujeto pasivo plural. Es decir, el perjudicado puede ser una parte del grupo o un individuo, pero siempre en referencia a un colectivo¹¹. En efecto, el autor ataca los bienes jurídicos de la víctima por lo que representa la comunidad a la que pertenece, con la finalidad de intimidar a los integrantes de ese colectivo en su conjunto¹².

d) Al indicar que la selección del sujeto pasivo se basará en una relación «real o percibida» con un grupo, se entiende que los delitos de odio deben abarcar todo tipo de discriminación, incluida la discriminación por asociación y por error¹³. Por consiguiente,

⁸ Los prejuicios son opiniones o actitudes prefiguradas negativas hacia una o varias personas, basadas en su identificación (real o supuesta) con un grupo especialmente protegido. Ahora bien, para tengan relevancia penal, deben ser discriminatorio, ya que tener prejuicios no implica necesariamente discriminar a otros. Un prejuicio se convierte en discriminación cuando, sin justificación objetiva y razonable, se trata de forma diferente y desfavorable a una persona o un grupo de personas en base a unos rasgos que los diferencian, privándoles de los derechos y oportunidades a los que tienen acceso. De este modo, la discriminación es uno de los efectos de los prejuicios, su materialización. Asimismo, cabe apuntar que no todo acto discriminatorio es constitutivo de delito, sino que se debe diferenciar entre discriminación punible y no punible. Esta última encuentra su tratamiento legal en el orden civil, social y administrativo, centrándose el orden penal en el castigo de la discriminación punible. *Vid:* VV.AA., *Delitos de odio, guía práctica para la abogacía*, Fundación Abogacía Española, pp. 9 y 10; y AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, pp. 25 y 26.

⁹ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 34.

¹⁰ FUENTES OSORIO, J.L., «El odio como delito», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* ISSN 1695-0194, Arts. 19-27, 2017, p. 2. Disponible en: <https://cutt.ly/XhdJ2yA> [Fecha de consulta: 18/10/2020]; y CÁMARA ARROYO, S., «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXX, 2017, p. 153. Disponible en: <https://cutt.ly/FhdJ4fT> [Fecha de consulta: 24/10/2020]

¹¹ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510, p. 55666. Disponible en: <https://cutt.ly/PhdJ7Ct> [Fecha de consulta: 26/09/2020]

¹² Ministerio de Empleo y Seguridad Social (OBERAXE), «Legislación sobre los delitos de odio (Guía práctica)», p. 21. Disponible en: <https://cutt.ly/shdKe68> [Fecha de consulta: 18/10/2020]

¹³ La discriminación por asociación acontece al discriminar a una persona o grupo basándose en una relación o conexión con un colectivo vulnerable (por ejemplo, negar un servicio público a una persona que tenga derecho a ella por estar casada con un extranjero); mientras que la discriminación por error se basa en una apreciación incorrecta de la pertenencia de una persona a un colectivo (por ejemplo, agredir

lo que debe prevalecer no es la condición real de la víctima, sino el ánimo del autor de delinquir en base a algún prejuicio discriminatorio, pues es lo que pone en riesgo la paz social¹⁴.

e) La OSCE señala la raza, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u «otro factor similar» como motivos discriminatorios que provoquen el delito. De este modo, configura un listado de referencia y estipula unos mínimos que los Estados parte deben recoger en sus ordenamientos jurídicos. Por ende, habrá que atender a lo dispuesto en cada una de las legislaciones nacionales¹⁵. En este sentido, cabe señalar que el legislador español ha optado, como regla general, por una catalogación *numerus clausus* de los motivos discriminatorios, sin emplear terminaciones abiertas como «otro factor similar».

f) El bien jurídico comúnmente protegido son la igualdad y la no discriminación como expresión de la propia dignidad humana (arts. 14 y 10 CE), sin perjuicio de que puedan verse atacados otros bienes jurídicos en función del ilícito cometido¹⁶.

De este modo, al atacarse bienes inherentes de la persona, que se corresponden con los valores superiores del ordenamiento jurídico y fundamento del orden político y la paz social (arts. 1 y 10 CE), se atenta contra las normas más elementales de tolerancia y convivencia, los elementos estructurales y vertebradores del orden constitucional y, en definitiva, contra todo el sistema de derechos y libertades de una sociedad democrática¹⁷.

2. El confuso término «delito de odio»

Como ya avanzamos, la correcta delimitación conceptual de los delitos de odio resulta importante, a fin de evitar que el uso excesivo e inadecuado del término realizado desde la sociedad y los medios de comunicación, acabe difuminando límites de derechos fundamentales como la libertad de expresión y la dignidad humana. No obstante, ese uso inadecuado parte del amplio significado de «odio». La RAE lo define como la «antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea». Como se puede apreciar, se trata

a un hombre por creer que es homosexual por besar en la mejilla a otro hombre, cuando en realidad eran familia). *Vid.*: AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, pp. 27 a 30.

¹⁴ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, pp. 55685 y 55686.

¹⁵ Ministerio de Empleo y Seguridad Social (OBERAXE), «Legislación ...», p. 54.

¹⁶ CÁMARA ARROYO, S., *op. cit.*, p. 172.

¹⁷ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE *op. cit.*, p. 55658.

de un término bastante amplio que puede inducir a error, debido a que existen delitos en los que el autor actúa animado por el odio hacia su víctima, pero que no se catalogan delitos de odio (piénsese en el típico delito de lesiones en el que uno agrede a otro por la mala relación entre ambos); así como ilícitos que, sin que el autor odie a la víctima, sí son considerados delitos de odio (delito de lesiones en la que un hombre agrede a otro por su pertenencia a la religión judía, sin considerar a la víctima como individuo)¹⁸.

Los delitos de odio no se refieren a cualquier antipatía, sino que se refiere concretamente a la aversión hacia unos rasgos comunes a un grupo, que lo diferencian de los demás. Es decir, los delitos de odio únicamente castigan la aversión intolerante o discriminatoria.

Teniendo en cuenta que por intolerancia se entiende «toda actitud, comportamiento o forma de expresión que viola o denigra la dignidad y derechos de la persona en base a cualquier característica de identidad o condición del “otro” », cuya consecuencia es el «rechazo a las diferencias entre personas y culturas y viene a suponer un etnocentrismo cerrado, una identidad excluyente y compulsiva»¹⁹, sería más correcto catalogar a esta tipología de delitos como «delitos motivados por la intolerancia» , tal y como se apunta desde la doctrina científica²⁰.

3. Clasificación y enumeración de los delitos de odio en España

El término delito de odio constituye un criterio para clasificar bajo esta denominación a aquellos delitos motivados por prejuicios discriminatorios. La técnica legislativa empleada en nuestro texto penal para articular los delitos de odio es, en primer lugar, la creación de una causa de agravación genérica por motivos discriminatorios hacia la víctima, aplicable a cualquier delito (art. 22.4 CP); y, en segundo lugar, la regulación de delitos concretos, determinando un marco penal específico.

De este modo, lo que el legislador busca es tanto el castigo del desvalor discriminatorio adicional que puede tener la conducta delictiva; como lograr efectos preventivos-generales positivos en la legislación, disponiendo leyes reactivas que

¹⁸ CÁMARA ARROYO, S., *op. cit.*, pp. 146 y ss.

¹⁹ IBARRA, E., «Contra la Discriminación y el delito de odio. En solidaridad con las Víctimas» (online). Disponible en: <https://cutt.ly/ChdKIXb>

²⁰ CÁMARA ARROYO, S., *op. cit.*, pp. 153 y 170.

anticipen la respuesta penal mediante tipos autónomos cuya consumación no requiere una auténtica lesión (los delitos de odio específicos se configuran, en su mayor parte, como delitos de peligro)²¹. A continuación, enumeraremos y realizaremos una breve descripción de los delitos de odio contemplados en el CP.

1. Amenazas a un grupo con un mal que constituya delito (art. 170.1 CP)²².

A diferencia de la gran mayoría de los delitos de odio, presenta dos particularidades. En primer lugar, está redactado con carácter de *numerus apertus* al incluir la cláusula «o a cualquier otro grupo de personas», por lo que cualquier discriminación basada en un rasgo común al grupo tendrá cabida para generar la tipicidad de este precepto. En segundo lugar, en su redacción se pierde la referencia individual del sujeto pasivo, ya que el tipo se refiere a la colectividad como víctima. En cualquier caso, el objeto de las amenazas debe ser un mal que constituya delito²³.

2. Tortura cometida con base a algún tipo de discriminación (art. 174.1 CP)²⁴.

Se trata de un delito especial impropio: solo puede ser cometido por autoridad o funcionario público con abuso de su cargo. Al igual que el supuesto anterior, tiene carácter *numerus apertus* («por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación»).

3. Discriminación laboral grave, en el ámbito público o privado (art. 314 CP)²⁵.

Los requisitos legales de este delito son la «grave discriminación» por alguno de los motivos tasados (catálogo *numerus clausus*) y que no se restablezca la situación de

²¹ FUENTES OSORIO, *op. cit.*, pp. y siguientes.

²² Concretamente, el art. 170.1 dispone que: «Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el art. anterior». La pena será la prevista para el tipo básico de amenazas (art. 169 CP), en su mitad superior.

²³ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 181.

²⁴ Expone el art. 174.1 que «comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo (...), por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que, por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral». La pena prevista para este delito es prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, o de uno a tres años si no lo es y, en cualquier caso, inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

²⁵ En virtud del art. 314 CP, «Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses».

igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos causados.

Este precepto carece de aplicación práctica, dadas las deficiencias técnicas que adolece su redacción²⁶. Además, los hechos que den lugar a este tipo podrían subsumirse en el delito de prevaricación (art. 404 CP), en cuyo caso se produciría un concurso de leyes, que se resolvería conforme al principio de especialidad en favor de este último²⁷.

4. Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la CE (arts. 510, 511, 512 y 515.4º CP).

El objetivo de estas infracciones penales es, además de la protección de la dignidad y del derecho a la igualdad y a no ser discriminado, velar por el correcto ejercicio de la libertad de expresión, derecho de reunión y manifestación, y derecho de asociación (arts. 20, 21 y 22 CE), limitando su ejercicio a fin de respetar los derechos de los demás²⁸.

Se caracterizan por adelantar la barrera punitiva y castigar el *iter criminis*, con lo que se pretende cortar de raíz el mínimo riesgo de propagación de ideas intolerantes y evitar agresiones o climas sociales que atenten contra la paz social²⁹.

A continuación, nos referiremos someramente a cada uno de estos delitos:

4.1. Fomento, promoción o incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o sus miembros por los motivos discriminatorios tasados y comunes a todos los delitos contenidos en el art. 510 CP (racismo, antisemitismo u otros motivos referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad) [art. 510.1.a) CP]³⁰.

²⁶ Las causas discriminatorias no coinciden con las previstas en el Estatuto de los Trabajadores y la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social; la utilización del término «empleo» provoca un debate doctrinal respecto a su interpretación amplia o restrictiva, en el sentido de si debe considerarse típica toda discriminación grave en el seno de una relación laboral (doctrina mayoritaria) o solo los supuestos de discriminación grave en el acceso al trabajo o la extinción del contrato laboral; y la exigencia de que no se haya restablecimiento de la situación de igualdad, que enreda la apreciación de la tipicidad. *Vid.*: AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, pp. 188 y 189.

²⁷ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 190.

²⁸ Wolters Kluwer, Guías Jurídicas, «Delitos contra los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas» (online). Disponible en: <https://cutt.ly/LhdKWR6> [fecha de consulta el 28/10/2020].

²⁹ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, p. 55674.

³⁰ Concretamente, dispone el art. 510.1.a) que «Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas,

Con carácter previo, debe destacarse que discriminación, odio, violencia y hostilidad son conceptos con significados heterogéneos. Así, por discriminación se entiende toda distinción, exclusión o restricción por cualquier condición, que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y libertades fundamentales en cualquier esfera de la vida pública; por odio, aquellas «emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión al grupo subjetivo»; por violencia, al uso deliberado de la fuerza física o el poder contra una persona o un grupo, que cause o sea idónea para causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos de desarrollo o privaciones; y por hostilidad al «clima que pueda concretarse en actos de violencia, odio o discriminación»³¹.

En virtud de este delito se castiga el discurso del odio realizado mediante mensajes que, directa o indirectamente, sean capaces de generar en terceros sentimientos de odio y hostilidad, o actos discriminatorios o violentos³².

Como se puede observar, se suprime el término «provocación», presente en la redacción anterior³³, lo que se relaciona con la intención del legislador de dotar de autonomía e independencia al delito contenido en el art. 510.1.a) CP respecto a lo dispuesto en el art. 18 CP, relativo a los actos preparatorios punibles de provocación y

antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad», ya sea el sujeto activo persona física o jurídica (art. 510 bis CP). Estas penas se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas (art. 510.3 CP). Asimismo, podrá imponerse la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado, cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo (art. 510.4 CP). La alteración de la paz pública se produce con aquellas acciones susceptibles de perturbar el conjunto de condiciones y reglas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana y el orden de la comunidad. El sentimiento de inseguridad o temor debe distinguirse del requisito de crear un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia. Este último es un concepto de carácter general, mientras que el sentimiento de inseguridad o temor se refiere a emociones propias de los integrantes de un grupo. Las agravantes previstas en los arts. 510.3 y 4 son compatibles entre sí (*Vid.*: Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, pp. 55682 y siguientes). En cualquier caso, la conducta típica lleva aparejada la pena cumulativa de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente (art. 510.5 CP).

³¹ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, p. 55673.

³² CÁMARA ARROYO, S., *op. cit.*, p. 204; AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 203; y Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, p. 55673.

³³ La redacción anterior a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, estipulaba que «Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas...».

apología³⁴. De este modo, se pretende castigar cualquier forma de discurso de odio, y no solo aquellas que promuevan la comisión de actos ilícitos (como ocurre con el art. 18 CP)³⁵, bastando que la conducta que pueda llegar a ocasionar sentimientos en los receptores del mensaje (hostilidad u odio), ya sea directa o indirectamente.

Ahora bien, de acuerdo con el criterio de Cámara Arroyo, este proceder sobrecarga de responsabilidad al sujeto actuante, ante el riesgo de una exagerada interpretación de un mensaje políticamente incorrecto que pueda desembocar en delitos futuros motivados por la intolerancia, lo que podría llegar a generar inseguridad jurídica y disuadir el libre ejercicio de la libertad de expresión³⁶. Así pues, en nuestra humilde opinión, debería únicamente castigarse las conductas directas, aquellas en las que precisamente se aprecie el deseo de discriminar a colectivos concretos, apartarlos de la sociedad como resultado de la hostilidad dirigida hacia ellos, e incluso que sean objeto de agresiones violentas³⁷.

En cualquier caso, la tipicidad de la conducta exige que el discurso del odio se emita públicamente (excluyendo el uso de medios de comunicación masiva, en cuyo caso se aplicaría el supuesto agravado del art. 510.3 CP³⁸). Por consiguiente, queda fuera del marco punitivo la mera idea u opinión odiosa. Lo que se sanciona es su exposición, cuando tenga la potencialidad de poner en peligro al colectivo protegido, ante el riesgo de la propagación de ese sentimiento, o que los receptores del mensaje lo lleven a cabo³⁹.

En cuanto al tipo subjetivo, conforme a la STS 72/2018, de 9 de febrero (FJ único, párrafo séptimo) basta con el dolo básico. Este se comprueba según la naturaleza de las

³⁴ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 203

³⁵ Art. 18.1 CP: «La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito».

³⁶ CÁMARA ARROYO, S., *op. cit.*, p. 207.

³⁷ Tal era la opinión del Tribunal Supremo antes de la modificación introducida por la Ley 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Concretamente, en su STS 259/2011, de 12 de abril (FJ1º), consideró que resultaba preciso para la concurrencia del discurso del odio «una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo».

³⁸ Conforme al art. 510.3 CP se impondrá la pena en su mitad superior cuando los hechos se lleven a cabo a través de un medio de comunicación social, internet o tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas. El fin de esta es castigar el aumento de la potencialidad del perjuicio causado a las víctimas. *Vid.*: Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, p. 55684.

³⁹ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, p. 55674.

expresiones vertidas y con la voluntariedad del acto, una vez constatado que las manifestaciones no derivan de una situación incontrolada, espontánea o emocional.

Se puede apreciar el carácter *numerus clausus* de los rasgos discriminatorios que conforman la conducta típica. Esto conlleva la rigidez del precepto ya que, al no incluirse una cláusula final abierta, impide la aplicación de supuestos discriminatorios basados en motivos similares o análogos a los contemplados en el precepto (como la aporofobia o la discriminación por edad), dada la prohibición de interpretación extensiva de disposiciones sancionadoras⁴⁰.

Finalmente, cabe mencionar dos reglas concursales, las cuales son de aplicación para el resto de los delitos contenidos en el art. 510 CP. Por un lado, si a consecuencia del discurso de odio se comete un acto delictivo, la conducta del emisor será perseguida como inductor del delito perpetrado con la agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP⁴¹. Por otro lado, cuando el discurso del odio se dirija contra varios colectivos, se apreciará concurso real de delitos, dado que el carácter personalísimo del bien jurídico protegido (la dignidad de la persona) impediría la apreciación del delito continuado⁴².

4.2. Producción, elaboración, tenencia y/o difusión de materiales o soportes que por su contenido sean idóneos para propagar el discurso del odio, en base a los motivos discriminatorios señalados [art. 510.1.b) CP]⁴³.

Este delito tipifica dos conductas: por un lado, la fabricación (producción y elaboración) de medios idóneos para la realización de la conducta del art. 510.1.a) CP; y, por otro lado, la propagación de dicho material para que tenga trascendencia frente a otras personas (distribución, difusión o venta). Así pues, lo que se castiga es el

⁴⁰ Ibidem, p. 55687.

⁴¹ Ello se debe a que, al producirse un concurso de normas, de conformidad el art. 8.3 CP, el delito del art. 510.1.a) queda absorbido por el tipo penal inducido.

⁴² Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, p. 55674.

⁴³ Concretamente, el art. 510.1.b) CP dispone que «Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad». Puede ser sujeto activo del delito tanto una persona física como una jurídica, en virtud del art. 510 bis CP. Las penas previstas podrán verse agravadas en virtud de los arts. 510.3, 510.4 y 510.5 CP, en los mismos términos que lo expuesto en la nota al pie n.º 30.

comportamiento anexo al discurso del odio, ya que su peligrosidad puede crecer exponencialmente según los medios por los que la intolerancia se trasmite a la sociedad⁴⁴.

En cualquier caso, el soporte (ya sea escrito, audiovisual o electrónico) debe ser idóneo para incitar, fomentar o promover el odio, discriminación, violencia u hostilidad; es decir, debe reunir las condiciones necesarias para asegurar la propagación del mensaje.

4.3. Discurso del odio como negación, trivialización grave o enaltecimiento de delitos de genocidio, lesa humanidad o contra personas o bienes en caso de conflicto armado, o enaltecimiento de sus autores [art. 510.1.c) del CP]⁴⁵.

Como se observa del precepto, tres son las conductas penadas: la negación, entendida como el hecho de negar, cuestionar o dudar total o parcialmente de un hecho histórico (como el Holocausto nazi); la trivialización, consistente en minimizar o restar importancia a hechos tan graves como el genocidio, crímenes lesa humanidad, o de guerra (al exigir conductas graves, se descartan conductas puntuales, irreflexivas o humorísticas); y el enaltecimiento, entendido como la alabanza o exaltación de acciones criminales o sus autores en sentido amplio (autor mediado, inductor, cooperador necesario...)⁴⁶.

En cualquier caso, se exige para la tipicidad de la conducta que esta se realice públicamente (excluyéndose los medios de comunicación masiva); se dirija contra algún colectivo por los motivos discriminatorios señalados (catálogo *numerus clausus*); y que con ella se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación.

Este último requisito debe entenderse tanto desde el punto de vista subjetivo como del objetivo. Desde el primero, el sujeto actuante tiene que expresar sus opiniones con la intención de generar un clima de tales características. Para ello, es suficiente la

⁴⁴ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, pp. 55675 y 55676.

⁴⁵ En virtud del art. 510.1.c) CP, «Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos». El sujeto activo del delito puede ser persona física o jurídica, en virtud del art. 510 bis CP.

Las penas previstas podrán verse agravadas en virtud de los arts. 510.3, 510.4 y 510.5 CP, en los mismos términos que lo expuesto en la nota al pie n.º 31.

⁴⁶ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, pp. 55678 y 55679; y AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 204.

conurrencia del dolo básico, tal y como ocurre con el discurso del odio del art. 510.1.a) CP. Desde el segundo, la conducta debe ser idónea para generar ese clima⁴⁷.

4.4. En el art. 510.2.a) CP se hace referencia a dos conductas típicas⁴⁸: por un lado, la lesión de la dignidad de un grupo, una parte de él o un integrante mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito; y por otro, la producción, elaboración, tenencia y/o difusión de materiales o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad⁴⁹.

La primera de las conductas típicas hace referencia a un delito de resultado que, a diferencia de los tres últimos tipos que hemos estudiado (delitos de peligro abstracto), exige la efectiva lesión a la dignidad. Por consiguiente, este delito acompañará a otras figuras delictivas, en cuyo caso se sancionarán ambas conductas en concurso ideal⁵⁰.

Así pues, este tipo frecuentemente entrará en concurso de normas con el art. 173.1 CP, que tipifica el atentado contra la integridad moral. Estos casos se resolverán conforme al principio de especialidad en favor del art. 510.2.a), en virtud del art. 8.1 CP⁵¹.

En cuanto a la segunda, se trata de un peligro abstracto, volviendo así a la tendencia general. No se exige la lesión de la dignidad, bastando para la tipicidad que los medios o soportes sean idóneos para una hipotética lesión.

⁴⁷ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, p. 55679.

⁴⁸ El art. 510.2.a) expone que «Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos». Este delito puede ser cometido tanto por persona física como por persona jurídica (art. 510 bis). Las penas previstas podrán verse agravadas en virtud de los arts. 510.3, 510.4 y 510.5 CP, en los mismos términos que lo expuesto en la nota al pie n.º 30.

⁴⁹ Debe entenderse por humillación a aquellas actuaciones que hieran el amor propio o dignidad de alguien; por menosprecio a las acciones que impliquen poca estimación, desprecio o desdén; y por descrédito a la disminución o pérdida de la reputación, valor o estimación de las personas o cosas. *Vid.*: Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, p. 55680

⁵⁰ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, p. 55680

⁵¹ Esto explica que la Fiscalía, así como distintas voces de la doctrina científica (Cámara Arroyo, Fuentes Osorio, Guerri Fernández) no recojan al art. 173.1 CP como delito de odio, ya que, en caso de que se lesione la integridad moral en base a un motivo discriminatorio, se aplicará el art. 510.2.a) CP.

La fórmula empleada es idéntica que la ya estudiada en el art. 510.1.b). Sin embargo, se exige que los medios o soportes humillen, desprecien o desacrediten a un colectivo por motivos discriminatorios. Esto supone un elemento esencialmente valorativo que debe ser ponderado en cada caso concreto, si bien se entenderá que concurren cuando se aprecie «el deseo de reiteración de actos susceptibles de generar una doble victimización, la ridiculización vejatoria o burla absolutamente descarnada, o la estigmatización sectaria de un colectivo o sus integrantes que revele un manifiesto desprecio a su dignidad»⁵².

4.5. Discurso del odio como enaltecimiento o justificación de los delitos de odio [art. 510.2.b) CP]⁵³.

Este delito, si bien presenta una redacción similar a la del art. 510.1.c), presenta varias diferencias. En primer lugar, las conductas típicas no son las mismas. Mientras que el 510.1.c) castiga la negación, trivialización grave o enaltecimiento, este tipo lo que castiga es el enaltecimiento y la justificación, entendida como la apreciación de acciones ilícitas como legítimas, con una connotación positiva del acto y una cierta vocación de despertar en terceros idéntica valoración⁵⁴.

En segundo lugar, mientras que las conductas del art. 510.1.c) CP se dirigen a los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra; el delito que tratamos va más allá, estipulando que el objeto del enaltecimiento o justificación sea cualquier delito de odio, y sin la exigencia de que dichas conducta sean capaces de generar un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación (si bien la exigencia de expresión pública denota la necesidad de que la conducta tenga cierta relevancia)⁵⁵. No obstante, en caso

⁵² Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, pp. 55680 y 55681.

⁵³ En virtud del art. 510.2.b) «Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses: Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución. Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos». Este delito puede ser cometido tanto por persona física como por persona jurídica (art. 510 bis). Las penas previstas podrán verse agravadas en virtud de los arts. 510.3 y 510.4 CP, en los mismos términos que lo expuesto en la nota al pie n.º 30. Igualmente, esta conducta típica llevará aparejada la inhabilitación especial del art. 510.5 CP.

⁵⁴ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, pp. 55680 y 55682; y AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 205

⁵⁵ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, p. 55682.

de que se fomente o favorezca ese clima, la pena se agravará, tal y como dispone el art. 510.2.b) *in fine*.

4.6. Denegación de prestaciones o servicios públicos cuando el discriminado (ya sea cualquier individuo o una asociación, fundación, sociedad o corporación o alguno de sus miembros) tenga derecho a ello, basándose en la ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad (art. 511 CP)⁵⁶.

Las características de este delito son: a) su naturaleza como delito especial impropio, ya que solo puede ser cometido por particular encargado de un servicio público o por un funcionario público; b) la exigencia de que el discriminado tenga derecho a la prestación, ya que no habrá delito cuando la denegación esté amparada normativamente; c) el objeto de la denegación debe ser de la prestación de un servicio público, entendido éste como aquella actividad de titularidad pública de obligada prestación que permita la satisfacción regular y continua de servicios de interés general y que genera derecho a recibir una prestación); y d) enumeración *numerus clausus* de motivos discriminatorios⁵⁷.

4.7. Denegación de prestaciones o servicios en el ámbito empresarial a la persona que tuviera derecho a ello, por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad (art. 512 CP)⁵⁸.

Las características de este delito son: a) la denegación debe producirse en el seno de una actividad profesional o empresarial⁵⁹; b) el catálogo de motivos discriminatorios

⁵⁶ Este delito se castiga con las penas cumulativas de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años si su autor es el particular encargado de un servicio público. En cambio, si el autor es funcionario público, se le aplicará la misma pena, pero en su mitad superior, así como inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. En ambos casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

⁵⁷ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 238.

⁵⁸ Este delito lleva aparejada la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años.

⁵⁹ La actividad tendrá esa consideración cuando se ejerza habitualmente. Por consiguiente, no puede ser cometido por particulares, sino que el sujeto activo serán profesionales, empresarios o sus empleados. Además, la empresa titular del negocio ostenta la cualidad de responsable civil subsidiario respecto a sus empleados, mientras que la aseguradora del local donde se ejerce la actividad y donde se ha denegado el acceso es la responsable solidaria de la responsabilidad civil derivada del delito. En ambos

es *numerus clausus*; c) la conducta típica se refiere a la denegación de un derecho del particular a una prestación, derecho que debe entenderse como una expectativa concreta, no como la libertad genérica a comprar un producto o alquilar un piso, donde prima la autonomía de la voluntad; d) el empresario, al denegar la prestación, no puede ampararse en el derecho de admisión⁶⁰; y e) cuando finalice un procedimiento incoado en base a este delito se librará testimonio a la Administración correspondiente a fin de que el expediente administrativo abierto para dicha causa se resuelva⁶¹.

4.8. Delito de asociación ilícita para fomentar, promover o incitar, directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad (art. 515.4 CP)⁶².

Para que se pueda apreciar el tipo deben concurrir una pluralidad de personas asociadas para perpetrar delitos de odio o promoverlos mediante su discurso, con una organización más o menos compleja. Asimismo, se exige la consistencia o permanencia, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no meramente transitorio⁶³. Ahora bien, no es necesario para la tipicidad que la promoción o incitación sean actividades programáticas de la asociación conforme a su objeto social⁶⁴.

casos, aunque el delito sea doloso, cabe la acción de repetición contra el empleado o asegurado. *Vid.*: AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 241.

⁶⁰ Esto se fundamenta en el art. 10 de la Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, por el cual «El ejercicio del derecho de admisión no puede conllevar, en ningún caso, discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, discapacidad, orientación sexual, identidad de género o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de los usuarios de los establecimientos y los espacios abiertos al público, tanto en lo relativo a las condiciones de acceso como a la permanencia en los establecimientos y al uso y goce de los servicios que se prestan en ellos».

⁶¹ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, pp. 237 y siguientes.

⁶² La sanción penal, tal y como se recoge en el arts. 517 y 518 CP, dependerá del rango en la organización, es decir, según se trate de fundadores, directores o presidentes (prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años), miembros activos (prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses) o cooperadores económicos o de otra clase que favorezcan la fundación, organización o actividad de la asociación ilícita (prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años). Conforme a la STS de 19 de enero de 2007, son miembros activos aquellos cuya participación va más allá de la mera pertenencia a esta; y directores o presidentes aquellos que organizan y dirigen la asociación, y desempeñan cargos de responsabilidad. *Vid.*: AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 242 y siguientes.

⁶³ Ministerio del Interior, «Protocolo de actuación de las FCSE para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación», p. 12. Disponible en: <https://cutt.ly/PjPM0p6> [última visita el 19/01/2020]

⁶⁴ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 243.

5. Los delitos contra la libertad religiosa (arts. 522 a 525 CP). A estos ilícitos dedicaremos el epígrafe siguiente.

6. Agravante genérica por motivos discriminatorios como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal (art. 22. 4º CP).

En su virtud, será delito de odio toda infracción penal cometida por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad⁶⁵.

Esta agravante se configura como un «cajón de sastre», que permite castigar la intolerancia que motiva el delito cuando los hechos no encajen en la concreta conducta delictiva de los delitos de odio enumerados⁶⁶.

Se trata de una circunstancia de naturaleza fundamentalmente subjetiva, pues lo relevante es el ánimo o móvil del autor: la negación del principio de igualdad. De este modo, al castigar un ámbito propio de la esfera íntima del autor, el ánimo intolerante solo podrá inferirse de indicios, es decir, atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho (gestos, aspectos, vestimentas, palabras o expresiones vertidas al tiempo de cometer el delito...) ⁶⁷. Por consiguiente, es indiferente que la víctima del delito tenga una verdadera conexión con el grupo protegido, castigándose los supuestos de discriminación por error o por asociación.

Otra cuestión relevante, objeto de crítica, es la falta de coordinación del listado de causas de discriminación recogido en el art. 22.4º, con las recogidas en el resto de delitos de odio. Por ejemplo, la agravante genérica no alude a la discriminación por situación familiar, como sí hacen los arts. 314, 510, 511 y 512 CP⁶⁸. Esto puede resultar problemático: teniendo en cuenta que el catálogo de móviles discriminatorios es *numerus clausus* y que el TS prohíbe la interpretación extensiva de las disposiciones sancionadoras,

⁶⁵ Por ejemplo, será delito de odio el asesinato de un hombre por su orientación sexual, el delito de lesiones contra una persona por su pertenencia a la etnia gitana, o los daños ocasionados a una sinagoga. La pena prevista para cada delito será agravada conforme a las normas del art. 66 CP.

⁶⁶ Circular 7/2019, de 14 de mayo, *op. cit.*, p. 55685.

⁶⁷ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 170; y Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, p. 55685.

⁶⁸ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 172.

no se podrán agravar actos delictivos motivados por la edad, la situación familiar o el uso de lenguas oficiales, cuestiones sí contempladas en otros delitos de odio⁶⁹.

No obstante, en estos supuestos, cabe aplicarse la existencia de un delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP, o incluso otras agravantes como el abuso de superioridad del art. 22. 2ª CP⁷⁰.

Finalmente, cabe destacar que, en aplicación del principio *non bis in idem*, en aquellos delitos en los que los motivos discriminatorios estén contemplados en el tipo, no cabe la aplicación de esta agravante.

III. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD RELIGIOSA

Para analizar los delitos contra la libertad religiosa, previamente debemos entender qué ampara este derecho fundamental, ya que se configura como un bien jurídico multifacético del que emanan otros derechos y libertades.

De este modo, cada uno de los delitos contra la libertad religiosa protege una garantía determinada derivada de la libertad religiosa⁷¹. Además, también estudiaremos los elementos esenciales para su concurrencia.

Como tendremos la oportunidad de apreciar, el principal peligro para la libertad religiosa es el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, que también tiene carácter fundamental, y es entendido como pilar del sistema democrático (al igual que la libertad religiosa). Esto levanta un grave conflicto de interpretación, tanto para la jurisprudencia como para la doctrina. Así pues, analizaremos esta cuestión, haciendo hincapié en la posible compatibilidad de ambos derechos desde el respeto y la tolerancia.

⁶⁹ FGE, Memoria elevada al Gobierno de S.M., año 2019. Disponible en: <https://cutt.ly/IhdLTo3> [última consulta 20/11/2020].

⁷⁰ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la FGE, *op. cit.*, p. 55687.

⁷¹ CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y de los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LXIX, 2016, p. 134. Disponible en: <https://cutt.ly/hh8QI4b> [fecha de consulta: 15/12/2020]

1. Aproximación al derecho fundamental a la libertad religiosa

1.1. Contenido

La libertad religiosa es un derecho reconocido desde el marco europeo e internacional (art. 9 del CEDH, art. 10.1 de la CDFUE, art. 18 de la DUDH y art. 18 del PIDCP), y proclamado como derecho fundamental por nuestra Carta Magna en su art. 16.1. A partir de este reconocimiento, su desarrollo legal llegó mediante la promulgación de la LOLR.

Para entender la libertad religiosa, debemos comprender su composición por una dimensión objetiva y una dimensión subjetiva, tal y como expone con brillantez el TC⁷².

En virtud de su dimensión objetiva, se establecen dos exigencias para los poderes públicos, contenidas en el art. 16.3 CE. En primer lugar, el deber de neutralidad de los poderes públicos, consecuencia del principio de aconfesionalidad del Estado; y, en segundo lugar, el deber de cooperación con las distintas confesiones religiosas.

En cuanto a su dimensión subjetiva, integra una dimensión interna y otra externa. Conforme a la primera, se protege un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. En virtud de la segunda, se atribuye a toda persona el derecho a comportarse conforme a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros.

Por lo tanto, se configura como un derecho de libertad o autonomía del individuo, que otorga un espacio de inmunidad de coacción de la persona frente a injerencias de los poderes públicos o de terceros (lo que es conocido como la dimensión negativa de la libertad religiosa).

En cuanto a su titularidad, pertenece tanto a toda persona por el simple hecho de serlo, ya sea nacional o extranjero, mayor o menor de edad⁷³, como a las comunidades⁷⁴. Esto último no constituye una característica exclusiva de la libertad religiosa. Al contrario, se trata de una cualidad común a otros derechos fundamentales, para cuyo reconocimiento pleno resulta necesario que su titularidad se atribuya a entidades y grupos

⁷² STC 101/2004, de 2 de junio, FJ 1º. Disponible en: <https://cutt.ly/Yh8RY3w>. [última consulta el 21/12/2020].

⁷³ CANO RUIZ, I., *Guía sobre el Derecho de Libertad Religiosa en el ámbito de las relaciones laborales*, Comares, Granada, 2017, p. 7.

⁷⁴ RODRÍGUEZ BLANCO, M., *Derecho y Religión. Nociones de Derecho eclesiástico del Estado*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 78.

cuya finalidad sea específicamente defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y valores que forman la esencia del derecho fundamental (STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1º)⁷⁵.

Por consiguiente, este derecho puede entenderse desde una dimensión individual y una dimensión colectiva. Desde esta perspectiva, podemos señalar y clasificar las manifestaciones del derecho a la libertad religiosa, enumeradas en el art. 2 de la LOLR.

1.2. Manifestaciones de la libertad religiosa

a) Dimensión individual de la libertad religiosa

En primer lugar, la libertad religiosa otorga a toda persona el derecho a profesar las creencias religiosas que libremente elija o a no profesar ninguna [art. 2.1.a) LOLR]. Nos encontramos ante el elemento esencial de la libertad religiosa, su punto de partida: autonomía para decidir con libertad seguir los dogmas de una religión concreta o, por el contrario, optar por posturas agnósticas o ateas. De dicha elección devienen el resto de manifestaciones del derecho fundamental.

Este derecho es consecuencia directa de la dignidad humana, puesto que no se respetaría en el supuesto de que se obligase a alguien a seguir unas creencias concretas en contra de su voluntad⁷⁶.

En segundo lugar, se reconoce el derecho a cambiar de creencias o abandonar las que se tenían [art. 2.1.a) LOLR]. Al igual que en el derecho anterior, se protege la autodeterminación de la persona, de forma que la elección espiritual no resulta definitiva. En su virtud, toda persona puede libremente cambiar de religión o creencia sin ningún tipo de limitación en cualquier momento si así lo deseara⁷⁷.

En tercer lugar, y como consecuencia de la libre autodeterminación religiosa, se protege el derecho a manifestar las creencias religiosas o la ausencia de las mismas [art. 2.1.a) LOLR]. En efecto, no se estaría protegiendo adecuadamente la libertad religiosa si no se protegiera el derecho a comportarse conforme a ellas, ya sea en privado o, especialmente, en público.

⁷⁵ Ibidem, p. 79.

⁷⁶ Ibidem., p. 81.

⁷⁷ Ídem.

Nos referimos a la dimensión externa de la libertad religiosa, amparándose, entre otros, la práctica de actos de cultos, libertad de reunión o manifestación pública con fines religiosos, o libertad para impartir enseñanza religiosa o difundir información religiosa⁷⁸.

Ahora bien, no se trata de un derecho ilimitado. Así lo disponen tanto el art. 16.1 CE como el TC, que en su STC 141/2000, de 29 de mayo (FJ 4º), concluyó que

«El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley».

El artículo 3 LOLR estipula unos límites más concretos, señalando que, como elementos constitutivos del orden público, la libertad religiosa no puede afectar ni a la seguridad, ni a la salud ni a la moralidad pública.

En cuarto lugar, se encuentra el derecho a no declarar sobre las creencias religiosas. En su virtud, una persona no puede ser obligada a revelar su fe en contra de su voluntad [arts. 16.2 CE Y 2.1.a) LOLR]. Esta inmunidad de coacción es protegida penalmente mediante su tipificación en el art. 522.2º CP, que a continuación veremos.

La importancia de este derecho deriva de su estrecha relación con otros derechos fundamentales como la intimidad y la igualdad como derecho a no ser discriminado por razón de religión o convicciones⁷⁹.

En quinto lugar, se reconoce el derecho a recibir asistencia religiosa [art. 2.1.b) LOLR], entendido como a) un derecho para aquellos que se encuentran en condiciones por las que no pueden atender sus necesidades religiosas con normalidad (como pueden ser presos, pacientes ingresados en el hospital o miembros de las Fuerzas Armadas); y b) como un deber del Estado de adoptar las medidas necesarias para facilitar que esas personas puedan recibir la atención espiritual propia de su confesión.

La fundamentación a esta manifestación de la libertad religiosa reside en el deber de cooperación de los poderes públicos con las confesiones religiosas para garantizar que

⁷⁸ Ibidem., p. 82.

⁷⁹ Ibidem., pp. 83 a 85.

la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, tal y como se dispone en los arts. 9.2 y 16.3 *in fine* CE y 2.3 LOLR. Empero, este derecho no se traduce en que la asistencia religiosa sea un servicio público. Ello contravendría el principio de aconfesionalidad del Estado preceptuado en el art. 16.3 CE.

La vertiente negativa de este derecho la constituye la prohibición a obligar a otro a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contra su voluntad, conducta que supone la comisión de un delito tipificado en el Código Penal (art. 522.2)⁸⁰.

En sexto lugar, en virtud de la libertad religiosa se ampara el derecho a conmemorar las festividades religiosas [art. 2.1.b) LOLR]. Ahora bien, su ejercicio se encuentra condicionado por la normativa laboral, pues debe conciliarse con las obligaciones laborales asumidas voluntariamente por las personas. Por ende, este derecho se rige por la autonomía de la voluntad y los pactos entre trabajador y empleador, no siendo posible, a líneas generales, establecer soluciones genéricas y válidas para este tema, por lo que se deberá atender al caso concreto⁸¹.

En séptimo lugar, encontramos el derecho a celebrar los ritos matrimoniales [art. 2.1.b) LOLR]. Ahora bien, es importante aclarar que el ámbito de protección de este Derecho es la facultad de la persona a celebrar las ceremonias religiosas propias de su confesión, que solo pueden ser prohibidas cuanto sean contrarias al orden público.

Solamente tienen efectos civiles los matrimonios válidamente celebrados conforme a las normas del Derecho Canónico o en la forma prevista por el resto de confesiones religiosas inscritas en el RER, o con aquellas confesiones con las que el Estado haya suscrito Acuerdos de Cooperación (art. 60 del Código Civil)⁸².

La octava manifestación individual de la libertad religiosa es el derecho a recibir sepultura digna [art. 2.1.b) LOLR]. Este derecho encuentra su fundamentación en la importancia que desde las diferentes religiones se suele dar a la muerte y a las prácticas funerarias. Si no se respetan estas, no se estaría respetando y protegiendo la libertad religiosa del difunto y de sus familiares⁸³.

⁸⁰ Ibidem., pp. 85 y 86

⁸¹ CANO RUIZ, I., *op. cit.*, p. 15 y ss.

⁸² RODRÍGUEZ BLANCO, M., *op. cit.*, p. 91.

⁸³ Ibidem, p. 92.

En noveno término, la libertad religiosa protege el derecho a elegir para sí o para los menores no emancipados e incapacitados bajo su dependencia, la educación religiosa y moral conforme a las propias convicciones [art. 2.1.c) LOLR].

Este derecho es objeto de un largo conflicto de interpretación, encontrándose en la actualidad en un punto muy sensible. Sin ánimo de profundizar en el debate, pues no es objeto de este trabajo, nos limitamos a señalar que se trata de un derecho fundamental de los padres, derivado de su reconocimiento en el art. 27.3 CE, que se traduce en la prohibición de que los menores reciban una formación religiosa o ideológica contraria a la voluntad de los progenitores o tutores legales⁸⁴.

Por último, el marco de la libertad religiosa se extiende para amparar el derecho de toda persona a asociarse para desarrollar comunitariamente actividades religiosas [artículo 2.1.d) LOLR]. La religión es esencialmente un fenómeno colectivo, en el que el derecho a profesar o no unas determinadas creencias pertenece individualmente a una persona, pero la tenencia de ellas implica que la manifestación pueda hacerse individual o colectivamente, privada o públicamente. Así pues, la asociación para desarrollar actividades religiosas constituye un cauce de expresión de la libertad, por lo que debe estar admitida y tutelada por el ordenamiento jurídico⁸⁵.

b) Dimensión colectiva de la libertad religiosa

Como manifestación colectiva de la libertad religiosa, el art. 2.2.c) LOLR dispone, en primer lugar, el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos. Este derecho deriva de la dimensión individual de la libertad religiosa: si por un lado se regula el derecho a practicar los actos de culto [art. 2.1.a) LOLR], el derecho a reunirse o manifestarse con fines religiosos y el derecho a asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas [art. 2.1.c) LOLR]; es consecuencia lógica que se regule el derecho a establecer lugares típicos para la práctica de tales manifestaciones⁸⁶.

Asimismo, se reconoce el derecho a designar y formar ministros de culto, que son aquellos investidos de potestades especiales sobre los fieles en materias religiosas. Esta

⁸⁴ Ibidem, p. 97.

⁸⁵ Ibidem, p. 98.

⁸⁶ Ibidem., p. 100.

manifestación deriva en el reconocimiento de la autonomía institucional de las confesiones religiosas, y en la interdicción del Estado de inmiscuirse en la elección de las autoridades o dirigentes religiosos⁸⁷.

La tercera manifestación colectiva de la libertad religiosa se corresponde con el derecho a divulgar y propagar el propio credo. Esta manifestación, conocida como proselitismo religioso, es una actividad propia de las confesiones religiosas a fin de extender el credo que profesan y sumar adeptos a su comunidad⁸⁸.

El TEDH interrelaciona este derecho con el de la libertad de manifestar las creencias religiosas, que no se hace únicamente de modo privado entre quienes comparten la fe, sino que puede ejercerse públicamente a fin de propagar y convencer al prójimo de sus creencias. Asimismo, entiende que, sin esta manifestación, se reduciría el sentido del derecho a cambiar de religión, dado el papel que el proselitismo desempeña para ello⁸⁹.

Por último, la libertad religiosa ampara el derecho a mantener relaciones con las propias organizaciones o con otras confesiones religiosas. Al igual que la segunda manifestación colectiva señalada, es consecuencia de la autonomía institucional de las comunidades, quienes gozan de competencia exclusiva en estos menesteres, con el fin de apartar a los poderes públicos de la organización de las confesiones religiosas⁹⁰.

2. Clasificación y enumeración de los delitos contra la libertad religiosa

Los delitos contra la libertad religiosa se encuentran recogidos en la Sección Segunda del Capítulo IV del Título XXI del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica *De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos*.

Son delitos de odio ya que el sujeto activo del delito actúa en base a unos prejuicios discriminatorios derivados de las creencias religiosas de la(s) víctima(s), con la intención de impedir el ejercicio de la libertad religiosa y herir los sentimientos de los feligreses⁹¹.

⁸⁷ Ibidem, pp. 100 y 101.

⁸⁸ Ibidem, p. 104.

⁸⁹ Párrafo 31 de la STEDH de 25 de mayo de 1993 («Caso Kokkinakis contra Grecia»), disponible en: <https://cutt.ly/Dh8ggux> [última consulta 20/12/2020].

⁹⁰ RODRÍGUEZ BLANCO, M., *op. cit.*, p. 105.

⁹¹ ROMERO, E., «¿Qué puede considerarse delito contra los sentimientos religiosos?» (online), disponible en: <https://cutt.ly/qh8WDWF> [fecha de consulta: 06/12/2020]

Por lo tanto, el art. 526 CP, que protege el respeto debido a la memoria de los muertos, queda descartado de este análisis, pues su consumación no siempre está motivada por las creencias religiosas que profesaba el difunto.

Como comprobamos en el epígrafe anterior, la libertad religiosa consiste en un bien jurídico multifacético, debido a que de su reconocimiento se reconocen a su vez otra serie de derechos. De este modo, cada uno de los tipos penales recogidos en el Código Penal protege una de las garantías concretas derivadas de la libertad religiosa⁹².

2.1. Coacción impediende y coacción comisiva (art. 522 CP)

El art. 522 CP tipifica dos conductas típicas, denominadas coacción impediende y coacción comisiva, imponiéndose a ambas la pena de multa de cuatro a diez meses⁹³.

En cuanto a la coacción impediende, el art. 522.1º CP establece que consuman la conducta típica quienes «por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos».

Antes de comenzar a analizar el precepto, ¿qué se entiende por “actos propios de las creencias que profesen”? Con esta fórmula, el legislador se remite a cualquier manifestación religiosa perteneciente a una confesión, como puede ser la oración, ya sea considerado formalmente un acto de culto o no⁹⁴.

Conforme a tal interpretación, el bien jurídico protegido es la libertad religiosa en su dimensión externa, dado que con la conducta típica se vulneran diferentes manifestaciones individuales de la libertad religiosa, especialmente el derecho a manifestar libremente las propias creencias religiosas [art. 2.1.a) LOLR] o el derecho a practicar los actos de culto propios de una confesión [art. 2.1.b) LOLR].

Debemos destacar que únicamente serán delictivas las conductas en las que medie violencia (empleo de fuerza física sobre las personas y con cierta intensidad), intimidación

⁹² CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y de los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LXIX, 2016, p. 134. Disponible en: <https://cutt.ly/hh8QI4b> [fecha de consulta: 15/12/2020]

⁹³ Ibidem., p. 157.

⁹⁴ CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas ...», *op. cit.*, p. 157.

(interpretada de modo análogo a las amenazas, como violencia psíquica o moral), fuerza (entendida como violencia en las cosas) o algún apremio ilegítimo (mandamientos provenientes de una autoridad para obligar a alguien a desplegar una concreta conducta)⁹⁵.

Llama la atención la referencia que se realiza en el tipo a que la víctima del delito sea un miembro de una confesión religiosa. Esto ha sido interpretado por parte de la doctrina como condición *sine qua non*, de modo que sería necesario acudir al estatuto de los miembros de una determinada congregación para conocer los requisitos exigidos para pertenecer a una concreta entidad religiosa, y determinar si la víctima los reúne o no. Esto nos parece incoherente y desproporcionado. Debe tenerse en cuenta la dificultad de encontrar registros oficiales respecto a las convicciones religiosas de las personas o censos de miembros de una congregación (al margen del censo bautismal que existe en la Iglesia católica), dado el especial celo con el que se ampara la libertad religiosa desde el ámbito de la protección de datos⁹⁶.

En nuestra opinión, entendemos que la protección a la libertad religiosa, entendida como el derecho a creer o a no creer, y el poder hacerlo en cualquier momento, dado el también reconocido derecho a cambiar de creencias, no se debe ceñir a la oficialidad o no de la pertenencia a una determinada comunidad religiosa. Lo que debe importar es el ataque a la libertad de querer concurrir o practicar un acto religioso y que, por medios violentos, intimidantes, por la fuerza o por cualquier apremio ilegítimo, no sea posible⁹⁷. Por lo tanto, compartimos la opinión de Ramos Vázquez sobre que el elemento subjetivo se está refiriendo a los miembros en abstracto, de forma que no haya que probar en el caso concreto la cualidad del miembro o no de una confesión religiosa del denunciante o querellante⁹⁸.

En cuanto al delito de coacciones comisivas, el art. 522.2 dispone que cometen el ilícito quienes «por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a

⁹⁵ Ibidem, p. 166.

⁹⁶ Ibidem, p. 162.

⁹⁷ BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal. Estudio dogmático de los delitos sectarios*, Bosh Editor, Barcelona, 2018, p. 429.

⁹⁸ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., «Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, núm. 21-17, ISSN 1695-0194, p. 9. Disponible en: <https://cutt.ly/Dh8WWgd> [última consulta 24/12/2020]

mudar la que profesen». En este caso, el bien jurídico protegido no solo es la dimensión externa de la libertad religiosa (se protegen los derechos a la asistencia religiosa en su vertiente negativa y el derecho a no declarar sobre las creencias profesadas), sino que también se protege la dimensión interna del derecho. En efecto, la imposición de mudar la religión que profesen es una violación directa del derecho a profesar las creencias libremente elegidas, e incluso se está desvirtuando y reduciendo a la nada el derecho a cambiar de creencias.

Al igual que en las coacciones impeditivas, únicamente serán delictivas las conductas violentas, intimidantes, forzosas o cualquier otro apremio ilegítimo. De este modo, se excluye el proselitismo legal (derecho a divulgar y propagar el propio credo para convencer a terceros y ganar nuevos adeptos religiosos), sin perjuicio de que la insistencia persistente y perturbadora pueda llegar a generar un supuesto punible⁹⁹.

En cuanto al tipo subjetivo, ambas conductas constituyen delitos dolosos que aceptan el dolo en todas sus modalidades, excluyéndose la mera protesta y los supuestos imprudentes¹⁰⁰. Es decir, a diferencia de los arts. 524 y 525, no es necesario que la actuación se ejecute “en ofensa” de los sentimientos religiosos¹⁰¹.

Por último, respecto a la aplicación práctica de ambos delitos, es interesante señalar que, en el supuesto de que la conducta atente contra la libertad religiosa de varias personas, no se apreciará delito por cada una de las víctimas, sino que solo se apreciará un delito. Asimismo, suponen supuestos específicos y privilegiados de coacciones, por lo que el art. 522 CP se aplicará en virtud del criterio de especialidad del art. 8 CP¹⁰².

No obstante, en este punto debemos mostrar nuestra sorpresa en cuanto a la benevolencia de la pena, que recordemos que es de multa de cuatro a diez meses. Sin embargo, el artículo 172.1 CP referente a las coacciones genéricas, impone la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de 12 a 24 meses (según la gravedad del delito), aplicadas en su mitad superior para aquellos que sin estar legítimamente autorizadas impidiere el ejercicio de un derecho fundamental, «salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código».

⁹⁹ CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas...», *op. cit.*, p. 166.

¹⁰⁰ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 255.

¹⁰¹ STS 620/2018, de 4 de diciembre, FJ 3º, apartado quinto. Disponible en: <https://cutt.ly/sh8RIKS> [última consulta 24/12/2020].

¹⁰² AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 255.

Cuesta asimilar el porqué de esta diferenciación, ya que no solo no se castiga el desvalor discriminatorio adicional de la acción, sino que además parece premiarse, rebajando las penas aplicables que resultarían si se vulnerase cualquier otro derecho fundamental. Por consiguiente, entendemos que se contradice el art. 14 CE («principio de no discriminación por razón de religión») y el art. 1.2 LOLR (las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley), así como del 9.3 CE, pues los poderes públicos están incumpliendo su obligación de velar porque la libertad y la igualdad de los individuos sean reales y efectivas.

2.2. Delito de perturbación de actos religiosos (art. 523 CP)

El art. 523 tipifica la interrupción, impedimento o perturbación de actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones inscritas en el RER, cuando para ello se haya empleado violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho. Dichas conductas recibirán la pena de prisión de seis meses a seis años cuando se cometan en un lugar destinado al culto, y con la pena de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar.

Si el art. 522 CP tutela la manifestación externa de la libertad religiosa en su dimensión individual, el art. 523 se encarga de proteger la dimensión colectiva de este Derecho¹⁰³.

No obstante, y a diferencia del art. 522, el delito contenido en el art. 523 otorga una protección específica y agravada a favor de las comunidades inscritas en el RER¹⁰⁴. Esta exigencia típica se refiere a la necesidad de que exista un reconocimiento jurídico efectuado por el Estado, lo que generalmente tendrá lugar a través de la inscripción en el Registro, aunque también puede provenir de un acuerdo o tratado internacional de carácter bilateral con una determinada confesión¹⁰⁵. Así pues, se aprecia que el legislador

¹⁰³ SALINAS MENGUAL, J., «Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre la libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXV, 2019, p. 240. Disponible en: <https://cutt.ly/Vh8Elcv> [última consulta el 22/12/2020].

¹⁰⁴ DE ELENA MURILLO, V., «Comentario al Art. 523 del Código Penal», en AMADEO GADEA, S., *Código Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen II*, Factum Libri, 2010, pp. 588 a 591. Disponible en: <https://cutt.ly/hh8QBAP> [última consulta 22/12/2020]

¹⁰⁵ STS, 835/2017, de 19 de diciembre de 2017, FJ 3º, apartado primero. Disponible en: <https://cutt.ly/Oh8RjRI> [última consulta 24/12/2020].

otorga a las confesiones o comunidades inscritas en el Registro una especial protección jurídica de la que no pueden beneficiarse aquellas otras¹⁰⁶.

No comprendemos el porqué de esta especificación, teniendo en cuenta que es el único precepto en el que se exige la inscripción en el RER. Si el fin de esta cláusula es limitar qué se entiende por confesión religiosa y así realizar una especie de control de las comunidades religiosas, esta exigencia debería estar presente en todos los delitos contra la libertad religiosa.

Por consiguiente, las confesiones no inscritas gozarán de una protección penal de menor intensidad, por lo que se contradice el principio de no discriminación por razón de religión (arts. 14 CE y 1.2 LOLR), así como el art. 9.3 CE (los poderes públicos no garantizan la igualdad y la libertad de los grupos y los individuos). A estos efectos, debe señalarse que, en supuestos en los que concurran todos los elementos del tipo pero el ataque se dirija contra una confesión «no oficial», la protección podía otorgarse mediante el delito contra el orden público del art. 558 CP, si bien la pena a imponer es manifiestamente inferior (prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses)¹⁰⁷.

Otro requisito que debe mediar para la tipicidad de la conducta es que concurra violencia, amenazas, tumulto o vías de hecho en la conducta desplegada. A estos efectos, el término violencia y amenazas, al igual que en el art. 522 CP, se refieren al empleo de fuerza física sobre las personas y con cierta intensidad y a la violencia psíquica o moral, respectivamente. Con tumulto, el legislador se refiere a la confusión o desorden causado por una multitud de persona, incluso cuando haya sido provocado por una sola; mientras que vías de hecho hace referencia a actuaciones de los poderes públicos o de los ciudadanos contrarios a Derecho¹⁰⁸, con la intención de hacer valer una pretensión o un derecho por propia mano o con arbitrariedad, atentando o limitando el derecho ajeno¹⁰⁹.

La consecuencia de la conducta debe ser perturbar, impedir o interrumpir los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas. El valor penológico de cada una de las acciones varía por su significado, pues mientras que perturbar determinará que nos encontremos ante un tipo de mera conducta, impedir e

¹⁰⁶ STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ Séptimo. Disponible en: <https://cutt.ly/Vh8RE89> [última consulta 22/12/2020]

¹⁰⁷ FERREIRO GALGUERA, J, «Libertad religiosa e ideológica: garantías procesales y tutela penal», p. 387, disponible en: <https://cutt.ly/1h8Q27D> [última consulta 22/12/2020].

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ STS 620/2018, de 4 de diciembre, FJ Tercero, apartado quinto.

interrumpir exigirá la consecución de un resultado¹¹⁰. A estos efectos, la interrupción no ha de ser momentánea, y la perturbación debe alcanzar cierto nivel de relevancia, para lo cual habrá de atenderse a las características del caso, en especial al tiempo de duración, la forma en la que se ha causado y la forma en la que cesó¹¹¹.

En cualquier caso, las conductas deben ser idóneas para obstaculizar el ejercicio de la libertad religiosa o para poner en peligro la seguridad de los asistentes¹¹².

La acción típica debe afectar a un acto religioso, entendido como el hecho público o solemne como formulación o expresión de la confesión; a una función religiosa, que es el acto que se celebra en el interior de la iglesia o templo; a una ceremonia religiosa, referida al acto religioso celebrado en el exterior, y que se encuentra reglado por la ley, estatutos o costumbre para dar culto a fórmulas religiosas; o a una manifestaciones religiosa, entendida como aquellas expresiones colectivas que dan a conocer deseos o sentimientos¹¹³.

Respecto a la dimensión subjetiva del tipo, basta con un dolo genérico, es decir, el sujeto debe saber que con su proceder está impidiendo, interrumpiendo o perturbando relevantemente un acto, función, ceremonia o manifestación religiosa, y a pesar de ese conocimiento, decide ejecutar la acción¹¹⁴.

En cuanto a la pena, se distingue si el atentado se ha realizado en el seno de un lugar de culto o no. Para entender qué se entiende por lugar de culto habrá de atenderse a lo dispuesto por cada una de las confesiones religiosas, pues son quienes tienen la competencia conforme al art. 2 LOLR; o en caso de acuerdo entre la entidad religiosa y los poderes públicos, a lo que disponga la normativa pactada¹¹⁵. Para que se aplique la pena agravada por el lugar de la comisión, es preciso que el autor del delito conozca las características del lugar en el que se ejecuta la conducta como lugar de culto (en caso contrario, se debería estudiar un posible error de tipo)¹¹⁶.

A estos efectos, es interesante lo dispuesto en la STS 835/2017, de 19 de diciembre (FJ 2º) que analiza el posible error de prohibición de aquellos que se

¹¹⁰ CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas ...», *op. cit.*, p. 177.

¹¹¹ STS 620/2018, de 4 de diciembre, FJ Tercero, apartado segundo.

¹¹² CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas ...», *op. cit.*, p. 180.

¹¹³ *Ibidem*, p. 178.

¹¹⁴ STS 620/2018, de 4 de diciembre, FJ Tercero, apartado segundo.

¹¹⁵ CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas ...», *op. cit.*, 177.

¹¹⁶ STS 620/2018, de 4 de diciembre, FJ Tercero, apartado segundo.

manifiestan y ejercen su libertad de expresión en el seno de un espacio físico destinado al culto por creer estar legitimados para ello. Como apunta el Tribunal con brillantez, no es aceptable que el sujeto activo del delito pueda creer seriamente que los derechos que le corresponden son prevalentes en todo caso respecto de los derechos de los demás, hasta el punto de hacerlos desaparecer, cuando ha crecido y se ha desarrollado intelectual y emocionalmente en el seno de un Estado democrático. Tampoco es aceptable que ignore que, así como se posee el derecho a la libertad de expresión y manifestación, los demás están asistidos del mismo derecho, y en concreto el particular derecho que otorga la libertad religiosa a manifestar las propias creencias y a asociarse para ello.

Por último, cabe apuntar algunos problemas concursales que pueden aparecer en la aplicación práctica del delito, ya que es probable que se produzca un concurso de leyes con los delitos contenidos en el art. 559 (delito contra el orden público), el 169.2 (amenazas no condicionales) y el 172 (castiga a quien actúa violentamente para impedir lo que la ley no impide) del Código Penal. Estos casos se resuelven a favor del art. 523 CP, de acuerdo con el principio de especialidad¹¹⁷.

2.3. Delito de profanación religiosa (art. 524 CP)

Por su parte, el art. 524 castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados que sean perpetrados en templos, lugares destinados al culto o en ceremonias religiosas.

El bien jurídico protegido son los sentimientos religiosos. Sin embargo, al estudiar las manifestaciones de la libertad religiosa, no encontramos ningún derecho que proteja en concreto a los sentimientos religiosos. Ahora bien, tal y como estableció el TS, por el delito de profanación religiosa

«se otorga la protección penal a un derecho fundamentalísimo en todo Estado Democrático de Derecho, como es el respeto a un sentimiento, para algunos quizá el más profundo y querido, como es el religioso, que justifica sobradamente el que

¹¹⁷ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 256.

se sancionen penalmente actos tan repugnantes y gravísimamente hirientes como son los actos de profanación»¹¹⁸.

Igual consideración manifiesta el TEDH en su Sentencia de 25 de noviembre de 1982 (Caso Wingrove contra Reino Unido), que entendió que la protección de los sentimientos religiosos, como manifestación del derecho a la libertad religiosa, está incluida entre las posibles restricciones legales de la libertad de expresión¹¹⁹.

De esta forma, los sentimientos religiosos deben considerarse amparados por la libertad religiosa. Cuando se habla de ofensa a los sentimientos religiosos, no se trata de una mera indignación o impacto negativo de aquellos que profesan unas creencias, sino que la afrenta afecta a su manera de ver el mundo y a comportarse en él¹²⁰. En efecto, los sentimientos religiosos se incardinan, además de en la dimensión individual interna de la libertad religiosa, en la propia dignidad humana y en el desarrollo de la libre personalidad, ya que las creencias religiosas no se centran en la existencia o no de una divinidad, sino que incide en la cultura del individuo, en cómo se relaciona con la sociedad o en distintos aspectos morales y éticos, como por ejemplo en la concepción de la vida o la muerte o la sexualidad.

Por otro lado, llama la atención la referencia a «sentimientos religiosos legalmente tutelados». Esto ha levantado el debate doctrinal en torno a si debe entenderse que solo se protegen los sentimientos religiosos de los feligreses de confesiones inscritas en el RER; o si, por el contrario, de dicha especificación no debe deducirse ninguna distinción. Nosotros nos adherimos a esta segunda corriente. En sentido contrario, se estaría otorgando a las confesiones no inscritas una protección menor y de segundo grado, vulnerándose el principio de igualdad y no discriminación proclamado en los arts. 14 CE y 1.2 LOLR.

En cuanto a la tipicidad de la acción, se exige que se cometa un acto de profanación, entendido como aquellas situaciones o actos que no muestren el debido respeto y que impliquen un trato humillante contra bienes sagrados. Entre ellos se incluyen los actos físicamente violentos contra algún elemento básico de la liturgia

¹¹⁸ STS, de 25 de marzo de 1993, FJ 3º. Disponible en: <https://cutt.ly/ph8RoKA>. [última consulta 23/12/2020].

¹¹⁹ *Vid.*: apartado segundo del FJ Segundo de la STS 620/2018, de 4 de diciembre.

¹²⁰ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *op. cit.*, p. 9.

católica o de las representaciones propias de esta religión (o contra algún rito, celebración o representación propia de otra confesión). A modo de ejemplo, podemos señalar que, de acuerdo con esta doctrina, la Audiencia Provincial de Madrid condenó a dos activistas del grupo Femen en virtud del art. 524 CP, al entender que subirse a la peana de la Cruz de la Catedral de la Almudena, encadenarse a la celosía que la rodea y realizar actos físicos como si de una barra americana se tratase constituye un acto de profanación¹²¹.

Para definir el carácter sagrado de un bien, deberán atenderse los dogmas y ritos de las distintas religiones, si bien siempre se han reputado como aquellos dedicados al dios respectivo o al culto divino¹²².

En caso de que se desconociese el carácter sagrado, cabría aplicar el error de tipo, de forma que la conducta podría llegar a considerarse no punible, bien porque sea invencible (inevitable conocer atendiendo a las circunstancias del caso y personales del autor) y por tanto, se excluya la pena del delito doloso, o porque sea vencible (evitable), ya que no se tipifica expresamente la imprudencia (art. 12 CP)¹²³.

Además, la tipicidad exige que la acción se lleve a cabo en templos, lugares destinados al culto o en ceremonias religiosas¹²⁴. Este requisito excluye la tipicidad de multitud de actos de profanación, toda vez que conductas como quemar o deshojar un Corán o una cruz cristiana en la vía pública, quedarían libre de pena al no encajar en el tipo descrito, toda vez que no se cometen en ninguna de las localizaciones señaladas. A nuestro entender, con este proceder no se protege adecuadamente los sentimientos religiosos. Estos pueden ser ofendidos perfectamente en un lugar que no sean templos, lugares de culto o ceremonias religiosas, y más aún en los tiempos actuales, con la explosión de las redes sociales e internet, que precisamente es donde más odio a la religión se acumula.

Respecto al tipo subjetivo, se exige dolo específico o ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados. Este deberá ser probado mediante prueba indirecta o indiciaria, que denote el total desprecio o desdén hacia las creencias

¹²¹ SAP de Madrid (Sección 30) 102/2019, de 21 de febrero, disponible en: <https://cutt.ly/ih8sy5G> [última consulta 26/12/2020].

¹²² STS de 25 de marzo de 1993, FJ 4º.

¹²³ CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas ...», *op. cit.*, p. 188.

¹²⁴ DE ELENA MURILLO, V., «Comentario al Art. 524 del Código Penal», en AMADEO GADEA, S., *Código Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen II*, Factum Libri, 2010, pp. 592 a 593. Disponible en: <https://cutt.ly/6h8R9sU> [última consulta 22/12/2020]

religiosas del autor contra ciertas personas, mostrando altivez o soberbia hacia ellas¹²⁵, debido a la dificultad de demostrar tal reprochable ánimo al pertenecer a lo más recóndito del alma humana. Esto se deberá deducir del conjunto de circunstancias fácticas que hayan podido quedar acreditadas en el relato de los hechos¹²⁶.

Este requisito, sumado al principio *in dubio pro reo* que rige el derecho punitivo, conlleva que la mayoría de enjuiciamientos seguidos por la comisión del art. 524 CP acaben sobreesidos y archivados. Por un lado, debido a la dificultad de probar un hecho perteneciente a la psique humana; y por otro lado, porque bastaría con que el sujeto activo manifestase que nunca tuvo intención de dañar los sentimientos de nadie, sino exclusivamente expresar una idea o realizar una reivindicación¹²⁷.

En cualquier caso, los actos de profanación deben ser idóneos para ofender y objetivamente graves. Un acto de profanación ejecutado en la intimidad o en secreto es atípico, por falta de idoneidad para ofender sentimientos religiosos de otros¹²⁸.

Finalmente, cabe señalar tres reglas concursales. En primer lugar, en caso de que al acto de profanación le acompañe el apoderamiento de la cosa sagrada, se apreciará un concurso real entre el delito del art. 524 CP y un delito de robo o hurto. En segundo lugar, existirá concurso ideal entre el delito de profanación y un delito de daños cuando la cosa sagrada se destruya o se deteriore. Por último, en el supuesto de que la profanación se produjera durante un acto o ceremonia religiosa, y como consecuencia, la misma se interrumpiere o se perturbase, se aplicarán también las normas concursales (normalmente del concurso ideal) con los delitos previstos en el art. 523 y 524 CP¹²⁹.

2.4. Delito de escarnio religioso y vejación a creyentes

El artículo 525 CP articula dos conductas susceptibles de ser típicas. La pena aplicable en ambos casos será multa de ocho a doce meses.

¹²⁵ SALINAS MENGUAL, J., *op. cit.*, p. 252

¹²⁶ STS de 25 de marzo de 1993, FJ 5º.

¹²⁷ SALINAS MENGUAL, J., *op. cit.*, pp. 252 y 253.

¹²⁸ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 257.

¹²⁹ Ídem.

Por un lado, encontramos el escarnio, entendiéndose por tal la mofa, burla o la ridiculización para ofender a otro¹³⁰. Para su tipicidad, se exige:

a) Que el escarnio se dirija, bien a los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa¹³¹, con el especial ánimo de «ofender los sentimientos de una confesión religiosa»; o bien a personas con concepciones agnósticas o ateas. De este modo, se aprecian dos sujetos pasivos: los creyentes y los ateos o agnósticos. En ambos casos, el bien jurídico protegido es la dimensión individual interna de la libertad religiosa, salvaguardándose los sentimientos religiosos para unos; y el derecho a no profesar ninguna religión para otros.

Ahora bien, en cuanto al escarnio a los dogmas, ritos, creencias o ceremonias religiosas, se requiere adicionalmente el particular ánimo de ofender a los sentimientos religiosos. Es decir, se exige un dolo específico. En su virtud, el autor del delito debe actuar con un total desprecio o desdén hacia las creencias religiosas de ciertas personas, mostrando arrogancia, altivez o soberbia hacia ellas por dicho motivo¹³².

Ahora bien, entendemos este requisito como reiterativo. El propio significado de *escarnio* ya incluye ese particular ánimo en su acepción. Remitiéndonos a la RAE., escarnio se define como «burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar»¹³³. De esta forma, escarnio y ofensa van unidos, por lo que es imposible entender el uno sin el otro¹³⁴.

Así pues, al remitirse el legislador a la concurrencia de un especial ánimo de ofensa contra los sentimientos religiosos, entorpece la aplicación del delito, dada la dificultad de probar un hecho propio de la psique humana. Por esto, y sumado al principio *in dubio pro reo* que rige el derecho punitivo, la mayoría de enjuiciamientos seguidos por la comisión de este tipo delictivo, acaban sobreesidos y archivados. Apréciase que ni en el escarnio de ateos o agnósticos ni en la vejación a creyentes se exige adicionalmente tal ánimo.

¹³⁰ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 258.

¹³¹ Por dogma se hace referencia a la verdad revelada por Dios y declarada y propuesta por la Iglesia para la creencia de sus fieles, constituyendo fundamento de una religión. Por creencia se entiende al firme asentimiento y conformidad con postulados de una determinada confesión religiosa. Por ritos y ceremonias se hace referencia a actos de culto, donde rito parece enmarcarse como un tipo de ceremonia. *Vid.*: ROCA DE AGAPITO, L., «El delito de escarnio de los sentimientos religiosos», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII (2017), pp. 582 y ss. Disponible en: <https://cutt.ly/Sh8WYbZ> [última consulta 24/12/2020].

¹³² ROCA DE AGAPITO, L., *op. cit.*, p. 590.

¹³³ Real Academia Española, disponible en: <https://dle.rae.es/escarnio>

¹³⁴ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *op. cit.*, p. 13.

b) La conducta ha de ser pública, es decir, que se realice ante una pluralidad de personas¹³⁵, independientemente del medio por el que se cometa, incluyendo, documentos telemáticos, dibujos, caricaturas, etc., aunque no aparezcan expresamente recogidos en el CP¹³⁶. De este modo, es necesario que el escarnio alcance trascendencia, la cual no tiene por qué ser simultánea a la acción realizada, pudiendo ser posterior¹³⁷

Por otro lado, se tipifica la vejación, entendida como el trato molesto, perjudicial y humillante a los feligreses de una concreta religión¹³⁸. Ahora bien, se plantean interrogantes respecto a si deben pertenecer “oficialmente” a una determinada comunidad religiosa, y al deber de inscripción o no de esta confesión. Respecto a la pertenencia, reiteramos nuestra opinión en la dificultad de comprobar la integración o no en una determinada confesión, centrándonos en que la importancia debe residir en la libertad de profesar o no una religión. En cuanto al deber de inscripción, atendiendo al tenor literal del precepto, no es requisito.

Así pues, el bien jurídico protegido es la libertad religiosa en su manifestación externa, ya que lo que se pretende evitar es que los creyentes sean atacados por ejercer su legítimo derecho a manifestar las creencias profesadas, realizar actos de culto, conmemorar festividades religiosas, etc.

Al igual que en el delito de escarnio, se exige que la conducta típica se realice públicamente, ya sea por escrito o mediante palabra.

En cuanto al elemento subjetivo, la ofensa está intrínseca en la conducta, pues no se humilla, molesta o perjudica gratuitamente. Por tanto, basta el dolo básico para apreciar el delito, cuando el motivo delictivo hayan sido las creencias religiosas de la víctima.

Por último, respecto a los problemas concursales que se pueden plantear en ambos casos, cuando el escarnio o la vejación supongan también un delito de injurias, se produce un concurso de leyes que se resuelve conforme al principio de especialidad a favor del art. 525. Si a la acción vejatoria le acompaña una agresión, nos encontraremos con un concurso real entre el delito del art. 525 y un delito de lesiones¹³⁹.

¹³⁵ Ibidem, p. 12.

¹³⁶ CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas ...», *op. cit.*, pp. 195 y 196.

¹³⁷ Ibidem, pp. 200 y 201.

¹³⁸ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 258.

¹³⁹ Ídem.

3. Conflicto libertad de expresión y libertad religiosa

El principal enemigo de la libertad religiosa, si se nos permite tal adjetivación, es el ejercicio abusivo que algunos individuos realizan del derecho a la libertad de expresión, reconocido en el art. 20.1 CE.

Esta cuestión presenta suma importancia, dada la quiebra de la convivencia social que se produce con esta confrontación y el probable riesgo de proliferación de ataques contra la religión¹⁴⁰. La violencia dialéctica suele ser la antesala de la física, y cualquier violencia supone una vulneración de la integridad y de la dignidad de la persona. Ello no puede ser obviado por los Tribunales, quienes en la jurisprudencia más reciente otorgan un exceso de protección y primacía a la libertad de expresión¹⁴¹.

Para incidir en la sensibilidad del problema, basta recordar que, a lo largo de la historia, las guerras de religión han copado gran parte de los conflictos bélicos. La medicina para tan lamentables episodios ha llegado mediante la tolerancia y respeto como base de la paz social y de la democracia¹⁴².

Asimismo, se puede resaltar la reciente decapitación del profesor francés Samuel Paty, en la que islamistas radicales no aceptaron el derecho de crítica derivado de la libertad de expresión del docente. La víctima, quien impartía la asignatura de instrucción moral y cívica, donde se debatían temas como la secularidad, la pena de muerte, el aborto y la libertad de expresión, mostró unas caricaturas del profeta Mahoma para desarrollar la clase. Esto fue entendido como una ofensa para su religión¹⁴³, y los extremistas decidieron asesinar a Paty para vengar a su profeta, tal y como adujeron¹⁴⁴.

¹⁴⁰ GONZÁLEZ URIEL, D., «La religión y su juridificación (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXII, BJM núm. 2.209, junio de 2018, ISSN: 1989-4767, pp. 7 y ss. Disponible en: <https://cutt.ly/Rh8Waxb> [última consulta 25/12/2020].

¹⁴¹ SALINAS MENGUAL, J., *op. cit.*, p. 238.

¹⁴² COMBALÍA, Z., «Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI (2015), p. 361. Disponible en: <https://cutt.ly/hh8QI4b> [última consulta el 25/12/2020].

¹⁴³ A estos efectos, cabe señalar que, a sabiendas de que estas imágenes podrían resultar ofensivas para sus alumnos musulmanes, el profesor invitó a quien no quisiera verlas a no hacerlo o salir del aula. En nuestra opinión, con dicho proceder actuó diligentemente y con el debido respeto, ejerciendo lícitamente su libertad de expresión, si bien aquello no fue tenido en cuenta por los asesinos.

¹⁴⁴ BBC News Mundo, «Decapitación en Francia: los reveladores detalles sobre los eventos previos al asesinato del profesor Samuel Paty». Disponible en: <https://cutt.ly/qh8EveF> [última consulta 26/12/2020].

Se trata, pues, de situar el punto de partida en la protección del debate público y abierto en torno a las cuestiones religiosas, y no en una restricción de derechos que coarte las libertades individuales que tanto han costado conseguir¹⁴⁵.

La libertad de expresión es proclamada en el art. 20.1 de nuestra Carta magna con carácter fundamental. Igualmente, se encuentra reconocida en las convenciones internacionales, como la DUDH (art. 19), el CEDH (art. 10) o el PIDCP (art. 19). Se configura como un derecho que trasciende al propio sujeto, ostentando un carácter institucional al tratarse de una garantía del pluralismo político e ideológico y, por ende, del Estado social y democrático de Derecho¹⁴⁶. De este modo, para el TC, el art. 20 CE

«garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática»¹⁴⁷.

En cuanto a su contenido, el máximo intérprete constitucional afirma que, conforme a una larga tradición jurisprudencial, la libertad de expresión comprende, junto a la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. Sin embargo, ello no constitucionaliza una suerte de derecho al insulto, de modo que no cabe utilizar, al amparo de la libertad de expresión protegida por la CE, expresiones formalmente injuriosas que sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate¹⁴⁸.

En efecto, la libertad de expresión (así como los derechos de reunión, manifestación o de libre creación artística, frecuentemente alegados para justificar un atentado contra la libertad religiosa) no constituye en ningún caso un derecho absoluto. Su ejercicio no ampara la vulneración otros derechos fundamentales. Al contrario, comporta deberes y responsabilidades, entre ellos el respeto a las creencias religiosas¹⁴⁹.

¹⁴⁵ COMBALÍA, Z., *op. cit.*, p. 361.

¹⁴⁶ GONZÁLEZ URIEL, D., *op. cit.*, p. 17.

¹⁴⁷ STC 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 5º. Disponible en: <https://cutt.ly/ih8RI72> [última consulta 25/12/2020].

¹⁴⁸ STC 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 5º.

¹⁴⁹ STS 620/2018, de 4 de diciembre, FJ Segundo, apartados tercero y cuarto.

Además, es menester subrayar que el ejercicio de estos derechos no suprime la posibilidad de ejercicio de la libertad religiosa. Ambos pueden concurrir, pueden ejercerse simultáneamente, sin que el uno impida al otro. Así pues, nada impide que una persona se manifieste y reivindique el derecho al aborto. Incluso puede criticar la postura de una confesión respecto a dicho tema. Pero para ello no tiene que profanar elementos sagrados, ni interrumpir actos religiosos, ni mucho menos tiene que ofender los sentimientos religiosos de nadie mediante escarnio o vejación¹⁵⁰.

Por ello, en caso de confrontación de la libertad de expresión con otro derecho fundamental, el TS señala que el primer deber del órgano judicial competente es valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal, y en función de las circunstancias del caso, si el ejercicio de dicho derecho ha sido lícito o no¹⁵¹, para lo que se tendrá en cuenta el contenido del mensaje (si es injurioso, ofensivo, innecesario para lo que quiere expresar o reivindicar...) así como la forma en la que lo haga (si con ello afecta el desarrollo de otro derecho fundamental, cuando podría haberlo hecho sin damnificar a otras personas, el lugar elegido para verter las expresiones realizadas, las personas a las que se dirija...).

Si esta doctrina fuera seguida por la jurisprudencia menor, sería posible conciliar la libertad de expresión y la libertad religiosa, sin que el ejercicio de una implique el sacrificio de otra (si bien, lamentablemente, la práctica jurisdiccional, tanto española como europea, tiende a superponer la libertad de expresión sobre la religiosa). Ambas, como sustento del pluralismo, la democracia y la libertad pueden ser ejercidas con totalidad, pero para ello es necesario el respeto. Los creyentes no pueden pretender que su religión no sea criticada, pues a los críticos les ampara no solo la libertad de expresión, sino también la propia libertad religiosa, en sus manifestaciones individuales como derecho a no profesar ninguna religión y a manifestar esas convicciones agnósticas o ateas. Pero del mismo modo, quien libremente manifieste su expresión deberá cuidar el cómo difunde sus ideas, de forma que no afecte el derecho a la libertad religiosa de los demás¹⁵².

¹⁵⁰ STS 835/2017, de 19 de diciembre de 2017, FJ Segundo apartado primero.

¹⁵¹ STS 620/2018, de 4 de diciembre, FJ Segundo, apartado tercero.

¹⁵² SALINAS MENGUAL, J., *op. cit.*, p. 242.

IV. PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA DE LOS DELITOS DE ODIO

1. Concepto de víctima

El estudio de la protección a la víctima de los delitos de odio parte de lo dispuesto en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (Directiva 2012/29, en adelante); traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico español por la LEVD.

Primeramente, debemos conocer qué se entiende por víctima. El art. 2 LEVD distingue entre víctima directa e indirecta. Ahora bien, conviene prevenir que únicamente serán consideradas víctimas las específicamente enumeradas por la Ley, pues el art. 2 *in fine* LEVD se encarga de otorgar al concepto de víctima carácter *numerus clausus*, al disponer que «las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito»¹⁵³.

Por un lado, se consideran víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido un daño o perjuicio en su propia persona o en sus bienes como consecuencia directa de una infracción penal, incluidos los menores de edad. Así pues, se excluye a las personas jurídicas de los derechos y garantías que otorga la LEVD. Ahora bien, esto no significa que las personas jurídicas queden desamparadas, pues estas, como perjudicadas del delito, podrán ejercer la acción penal y defender sus derechos mediante el procedimiento penal. En efecto, y a modo de ejemplo, ante el ataque a un miembro, una confesión religiosa que se vea perjudicada y amenazada podrá mostrarse parte en el procedimiento para ejercer y defender sus derechos, de conformidad con el art. 109 bis.3 LECrim, mediante la vía del art. 270 del mismo texto.

Por otro lado, son víctimas indirectas los familiares de una persona cuya muerte o desaparición haya sido directamente causada por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos [art. 1.a) de la Directiva 2012/29/UE; y art. 2 LEVD]. Para evitar una multitud de víctimas indirectas y salvaguardar la seguridad jurídica, el art. 2.b) LEVD delimita el concepto de familiar. En su virtud, ostentarán tal consideración el

¹⁵³ De esta forma, se manifiesta una contradicción entre el contenido de la LEVD y su Preámbulo, que en el Motivo III alude a que el concepto de víctima que se formula es «omnicomprensivo, por cuanto se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia del delito».

cónyuge no separado legalmente o de hecho o persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a la víctima por análoga relación de afectividad; los hijos de la víctima o del cónyuge o pareja, siempre y cuando convivieran con la víctima en el momento de la muerte o desaparición; y progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guardia, y las personas que se encontraren bajo la tutela, curatela o acogimiento familiar del fallecido o desaparecido. En caso de no existir los anteriores, y solo entonces, serán considerados víctimas indirectas los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

De este modo, se fijan dos limitaciones en el concepto de víctima indirecta: en primer lugar, solo pueden tener tal consideración aquellos que sean familiares, excluyéndose terceros que puedan haberse sentido ofendidos o perjudicados por el delito (como vecinos, amigos, o creyentes de una confesión religiosa que, ante el ataque a un conocido por sus creencias religiosas, se sientan amenazados e intimidados). En segundo lugar, se limita a los supuestos de muerte o desaparición de la víctima.

La primera restricción encuentra su justificación en la seguridad jurídica. No se pueden otorgar los derechos contenidos en la LEVD a todo aquel que pueda sentirse ofendido por un delito, pues en la aplicación práctica supondría un número indeterminado de víctimas que reclamarían los derechos otorgados, lo cual colapsaría el sistema judicial y los servicios de apoyo a la víctima existentes¹⁵⁴. En cuanto a la segunda cuestión, la victimización indirecta se limita a supuestos de muerte o desaparición, en aras a que los familiares indicados ejerzan los derechos que la víctima no podrá ejercitar.

En cualquier caso, la consideración de víctima de un delito y la posibilidad de acceder a los derechos y garantías de la LEVD acontecerá aunque no se haya identificado, detenido, acusado o condenado al infractor, y con indiferencia de la relación familiar que pueda existir entre ellos. Tampoco será relevante para el disfrute de los derechos y garantías contenidos en el Estatuto la nacionalidad, la mayoría o minoría de edad, o la residencia legal o no en nuestro territorio¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Esta delimitación se apoya en lo dispuesto por la Directiva, en cuanto señala que «los Estados miembros deben tener la facultad de establecer procedimientos para limitar el número de familiares que pueden disfrutar de los derechos establecidos en la presente directiva». Considerando 19 de la Directiva 2012/29/UE.

¹⁵⁵ Considerando 19 de la Directiva 2012/29/UE.

Ahora bien, sí se requerirá que el delito haya sido cometido en España, o pueda ser perseguido en su jurisdicción (art. 1 LEVD). No obstante, las víctimas residentes en España podrán presentar ante las autoridades españolas denuncias correspondientes a hechos delictivos cometidos en el territorio de otros países de la UE. Ahora bien, si las autoridades españolas resuelvan no dar curso a la investigación por falta de jurisdicción, deberán remitir inmediatamente la denuncia presentada a las autoridades competentes del Estado en cuyo territorio se hubieran cometido los hechos (art. 17 LEVD).

2. Especial consideración de las víctimas de delitos de odio

Visto el concepto de víctima, procede resaltar la especial consideración con la que son (y deben ser) consideradas las víctimas de los delitos de odio. Así resulta del tratamiento otorgado tanto por el legislador europeo como el español, al incluirlas entre aquellas que se beneficiarán de protección especial ante el riesgo de victimización secundaria o reiterada¹⁵⁶, o intimidación o represalias a las que son expuestas¹⁵⁷. Asimismo, se las incluye entre las víctimas en situaciones de especial vulnerabilidad¹⁵⁸.

Como ya señalamos, las víctimas de delitos de odio son seleccionadas por lo que representan para la sociedad, dada la posesión de unas características propias por las que son discriminadas. Como consecuencia, el delito de odio supone, además del daño propio del delito que sufre, una manifestación clara del rechazo a su identidad¹⁵⁹, debido a que el acto delictivo es acompañado por el mensaje de que la víctima no es digna de respeto¹⁶⁰.

Ello conlleva un daño de mayor calado que los delitos ordinarios, pues se atenta contra la identidad y personalidad de la víctima. De hecho, es común que sufra daños psicológicos, como depresión o ansiedad, y sentimientos crecientes de vulnerabilidad, dada la dificultad e incluso imposibilidad de modificar los factores por los que fueron

¹⁵⁶ La victimización secundaria es el maltrato adicional ejercido contra las víctimas de delitos de odio, a consecuencia directa o indirecta de los déficits de las intervenciones llevadas a cabo por los organismos responsables, así como por las actuaciones de otros agentes implicados, y «que se produce cuando la víctima entra en contacto con el sistema jurídico penal en busca de ayuda». *Vid.*: Art. 4.i) la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia, aprobada por la Comunidad Autónoma de Cataluña; y VV.AA., *Delitos de odio, guía práctica para la abogacía*, Fundación Abogacía Española, p. 33.

¹⁵⁷ Considerando 57 y art. 22.3 de la Directiva 2012/29/UE; y art. 23.2.b).7º LEVD.

¹⁵⁸ Protocolo de actuación de las FCSE para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación, p. 31.

¹⁵⁹ VV.AA., *Delitos de odio, guía práctica para la abogacía*, Fundación Abogacía Española, p. 34.

¹⁶⁰ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 268.

atacadas (piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad a cambiar unas facciones étnicas o el origen nacional, o a que un fiel creyente mude su religión – en cuyo caso, al haberse visto obligado a ello, nos encontraríamos ante un delito contra la libertad religiosa –)¹⁶¹. Asimismo, el daño emocional causado conlleva un periodo de recuperación de los efectos de la victimización superiores¹⁶².

Por otro lado, cabe recordar que la conducta típica supone, al mismo tiempo, una amenaza dirigida a atemorizar y amedrentar al colectivo al que pertenece, lo que afecta gravante a la cohesión y a la estabilidad social. Esto es entendido como el riesgo de victimización inherente a determinados grupos sociales¹⁶³. De este modo, también resultan víctimas tanto los colectivos a los que pertenece la víctima, como la sociedad en conjunto. Si bien no ostentarán la consideración legal de víctimas, a efectos de acceder a los derechos y garantías de la LEVD; quienes ostentan la competencia para adoptar las medidas de protección deben ser conscientes de esta realidad, de modo que con ellas prevengan nuevos ataques o represalias contra los grupos, salvaguardando a estos y, a su vez, el orden político y la paz social.

3. Derechos de la víctima

Reza el art. 3 LEVD que toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal. Igualmente, dispone el mencionado artículo que tales derechos deberán garantizarse mediante un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio, y por un periodo de tiempo adecuado después de la conclusión del proceso penal, independientemente de la identificación del infractor y del resultado del proceso.

Después de esta proclama, la LEVD organiza los derechos enumerados en derechos extraprocesales (Título I), derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso (Título II) y derecho a la protección y reconocimiento de las víctimas (Título III).

¹⁶¹ Ministerio de Empleo y Seguridad Social (OBERAXE), «Legislación sobre los delitos de odio (Guía práctica)», p. 26. Disponible en: <https://cutt.ly/4hdLWv1>.

¹⁶² VV.AA., *Delitos de odio, guía práctica para la abogacía*, Fundación Abogacía Española, p. 34.

¹⁶³ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 269.

3.1. Derechos extraprocesales

Cuando un individuo es atacado por una característica inherente a su persona, que la diferencia de la demás, desde ese momento tiene legitimidad para ejercer la acción penal. Asimismo, desde ese momento se le reconoce el derecho a comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación para aportarles las pruebas e información que estimen relevantes para el esclarecimiento de los hechos [art. 11 LEVD].

Es importante recalcar la trascendencia que tiene denunciar los hechos para avanzar en la lucha contra los delitos de odio, puesto que ello permitirá castigar al infractor, reparar los daños que haya sufrido la víctima y aumentar la conciencia sobre estos delitos de la sociedad¹⁶⁴. A estos efectos, debe destacarse que la denuncia no es una acción restringida a la víctima, sino que incluso supone una obligación para el que presenciare un delito (o tuviere conocimiento de la perpetración de un delito que deba iniciarse de oficio), o para quienes por razón de su cargo o profesión conocieren de la comisión de un delito público (como son la mayoría de los delitos de odio)¹⁶⁵.

No obstante, independientemente de la denuncia y del ejercicio de la acción penal, se reconocen una serie de derechos básicos o extraprocesales (de ambas formas se refiere la LEVD a los derechos que a continuación estudiaremos) a los que la víctima podrá acceder sin necesidad de interponer denuncia.

Antes de adentrarnos en la exposición de estos derechos, cabe señalar que durante todo el procedimiento la víctima podrá ser acompañada por la persona que libremente designe, sin perjuicio de la intervención de abogado cuando así proceda [art. 4.c) y Motivo V del Preámbulo de la LEVD]. Esto, que ha sido catalogado por la LEVD como «novedoso», se justifica en la necesidad de apoyo que requiere la víctima después de sufrir un delito, dados los sentimientos de soledad o desconfianza que a menudo provoca¹⁶⁶.

¹⁶⁴ El porcentaje de infradenuncia se sitúa en torno al 80% a nivel europeo, según la Agencia de los Derechos Fundamentales de Europa (FRA). Por ello, deben deruirse las barreras que llevan a las víctimas a no denunciar, entre las que se encuentran el miedo a sufrir represalias, la normalización de la violencia y la discriminación, o la desconfianza en las instituciones. Para ello, destaca el compromiso de formación de los interlocutores y profesionales que tratan con la víctima (ver arts. 30 LEVD), la aprobación de Protocolos de actuación, y las campañas de sensibilización que los poderes públicos fomentan en favor de las víctimas. *Vid.*: Ministerio del Interior, «Informe de la Evolución de los delitos de odio en España». Disponible en: <https://cutt.ly/vjPBwQp> [última visita 18/01/2020].

¹⁶⁵ Arts. 259, 262 y 264 LECrim. No obstante, habrá de atender a las excepciones legales dispuestas en los arts. 260, 261 y 263.

¹⁶⁶ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 284.

En primer lugar, se reconoce el derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes. Cabe destacar su esencialidad, puesto que supone el punto de partida para el ejercicio de otros derechos, satisfaciendo la necesidad básica de la víctima de conocer las consecuencias de un hecho que le afecta personalmente¹⁶⁷.

En su virtud, la víctima tiene derecho a ser informada, sin retrasos innecesarios y en atención a sus circunstancias personales y a la naturaleza del delito cometido y los daños y perjuicios sufridos, respecto a las medidas de apoyo disponibles; el modo de ejercicio de su derecho a denunciar; modo y condiciones de protección; del asesoramiento jurídico y de la defensa jurídica gratuita; indemnizaciones a las que pueda tener derecho; servicios de interpretación y traducción disponibles; medidas de efectividad de sus intereses si residen en distinto país de la UE; recursos que puede interponer contra resoluciones contrarias a sus intereses; procedimiento de denuncia por inactividad de la autoridad competente; servicios disponibles de justicia reparadora; y el modo de reembolso de gastos judiciales (art. 5.1 LEVD). Tal y como se establece en el Protocolo de actuación de las FCSE para los delitos de odio, este derecho se prestará verbalmente y mediante documento específico, conocido como diligencia de ofrecimiento de acciones¹⁶⁸.

Igualmente, se le reconoce el derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de diferentes resoluciones sobre la causa penal¹⁶⁹, sin perjuicio de poder manifesta en

¹⁶⁷AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 284.

¹⁶⁸ Ministerio del Interior, «Protocolo de actuación de las FCSE para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación», p. 31. Disponible en: <https://cutt.ly/PjPM0p6>

¹⁶⁹ Estas resoluciones son las que enumera el art. 7.1 LEVD, que dispone que «Toda víctima que haya realizado la solicitud [...] será informada sin retrasos innecesarios de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor, y se le notificarán las siguientes resoluciones: a) La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal; b) La sentencia que ponga fin al procedimiento; c) Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo; d) Las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima; e) Las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima. En estos casos y a estos efectos, la Administración penitenciaria comunicará inmediatamente a la autoridad judicial la resolución adoptada para su notificación a la víctima afectada. f) Las resoluciones a que se refiere el art. 13 (El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, siempre y cuando la víctima lo fuera del delitos de homicidio, delitos de aborto, delitos de lesiones, delitos contra la libertad, delitos de tortura y contra la integridad moral, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, delitos de robo cometidos con violencia o intimidación, delitos de terrorismo y delitos de trata de seres humanos; El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima

cualquier momento su deseo de no ser informada sobre la causa penal (art. 7.2 LEVD). Este derecho es de importancia para el ejercicio de los derechos de participación en el proceso penal, como veremos más adelante. A estos efectos, la víctima designará una dirección de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad. Además, cuando esta se hubiera personado formalmente en el procedimiento, las resoluciones también serán notificadas a su procurador (art. 7.1 *in fine* LEVD)¹⁷⁰.

Las resoluciones que se notifiquen incluirán, al menos, la parte dispositiva de la resolución y un breve resumen de su fundamento (art. 7.1, párrafo segundo LEVD).

El derecho a la información no se limita al momento extraprocesal anterior a la presentación de la denuncia, sino que la misma se actualizará en cada fase del procedimiento para garantizar a la víctima el ejercicio de sus derechos (art. 5.2 LEVD).

En segundo lugar, se proclama el derecho de la víctima a entender y ser entendida (art. 4 LEVD). Con este derecho se pretende tumbar las barreras lingüísticas, o acabar con inercias burocráticas, que provocan que la víctima reciba una comunicación estereotipada, no personalizada y difícil de comprender¹⁷¹. Por consiguiente, se dispone que la información referida, así como toda comunicación que se lleve a cabo con la víctima desde la interposición de la denuncia y durante el proceso penal, ya sea oral o escrita, deberá hacerse en un lenguaje claro, sencillo y accesible. Asimismo, se deberá facilitar a las víctimas la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender ante las autoridades o las OAVD.

De este modo, en tercer lugar, se reconoce el derecho a la traducción e interpretación. Se trata de un derecho por el cual, cuando la víctima no hable o entienda ninguna de las lenguas oficiales empleadas en la actuación de que se trate, se le deberá facilitar asistencia gratuita por intérprete de una lengua que comprenda (art. 9 LEVD). Como se puede apreciar, supone una gran exigencia para la Administración, dada la actual

lo fuera de alguno de los delitos anteriores o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal; El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, siempre que se trate de un delito de los mencionados o de los señalados en el art. 36.2 CP, y se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión». Asimismo, conforme al art. 7.4 LEVD, la víctima podrá solicitar información relativa a la situación del procedimiento, que le será facilitada excepto cuando pudiera perjudicar al correcto desarrollo de la causa.

¹⁷⁰ Además, la víctima podrá interesar que estas resoluciones se comuniquen, a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas (art. 7.2 REVD).

¹⁷¹ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 285.

globalización y pluralidad social y lingüística. De ahí que se limite la traducción a «una lengua que comprenda» la víctima, puesto que, si la garantía fuese asistir a las partes en su propio idioma, eso supondría una muy difícil aplicación del precepto¹⁷².

Asimismo, se incluye la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas¹⁷³.

La asistencia de intérprete se podrá prestar por medio de videoconferencia o cualquier medio de telecomunicación, salvo cuando el Juez o Tribunal, de oficio a instancia de parte, acuerde su presencia física a fin de salvaguardar los derechos de la víctima (art. 9.2 LEVD).

La denegación del derecho a la traducción e interpretación podrá ser recurrido ante el Juez de Instrucción en caso de que se traten de actuaciones policiales (art. 9.4 LEVD). La decisión policial de no facilitar interpretación o traducción será excepcional y motivada, y deberá quedar constancia de ella y de su motivación en el atestado, donde deberá constar la disconformidad de la persona afectada por la denegación (art. 6 REVD). Cuando la denegación sea decisión judicial, podrá recurrirse en apelación (art. 9.5 LEVD).

En cuarto lugar, encontramos el derecho de toda víctima a acceder, de forma gratuita y confidencial, a los servicios de asistencia y apoyo facilitados por las Administraciones públicas, así como a los que presten las OAVD. Este derecho podrá extenderse a los familiares de la víctima, entendiéndose por tales las personas unidas a la víctima en matrimonio o relación análoga de afectividad, y los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad (art. 10 LEVD y 8 REDV).

¹⁷² AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 286.

¹⁷³ Concretamente, el derecho a la traducción e interpretación comprende: a) ser asistido gratuitamente por intérprete (de lengua extranjera o de signos) cuando a la víctima se le reciba declaración en la fase de investigación por el Juez, el Fiscal o funcionarios de policía, o cuando intervenga como testigo en el juicio o en cualquier otra vista oral; b) la traducción gratuita de las resoluciones de las que la víctima puede solicitar su notificación (v. nota al pie número 170) y la que decida el sobreseimiento de la investigación (la traducción incluirá un breve resumen del fundamento de la resolución adoptada, cuando la víctima así lo haya solicitado); c) la traducción gratuita de aquella información que resulte esencial para el ejercicio de los derechos relativos a la participación de la víctima en el proceso penal (las víctimas podrán presentar una solicitud motivada para que se considere esencial un documento); d) ser informada, en una lengua que comprenda, de la fecha, hora y lugar de celebración del juicio (art. 9 LEVD).

3.2. Participación de la víctima en el proceso

En caso de que la víctima decida denunciar los hechos, como denunciante tendrá derecho a recibir una copia debidamente certificada (y traducida en caso de que no entienda o hable alguna de las lenguas oficiales del lugar en el que se denuncie), en virtud de lo dispuesto en el art. 6 LEVD.

Asimismo, se le informará de su derecho a mostrarse parte en el proceso mediante nombramiento de Abogado y Procurador o, en su caso, que le sea nombrado de oficio, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan como acusación particular (art. 11 LEVD)¹⁷⁴. No obstante, en el supuesto de que decida no ejercer el mencionado derecho, el Ministerio Fiscal ejercerá dichas acciones, salvo renuncia expresa por su parte.

Ahora bien, el papel primordial de la LEVD es desarrollar una serie de derechos para las víctimas que no han optado por ser parte en el proceso¹⁷⁵.

De este modo, se regula el deber de la Administración de Justicia de comunicar la resolución de sobreseimiento a toda víctima de cuya identidad y domicilio se tenga constancia¹⁷⁶, quienes podrán recurrir el sobreseimiento mediante los cauces de la LECrim, sin necesidad de encontrarse personada en el procedimiento (art. 12 LEVD).

Asimismo, se reconoce el derecho a participar en la ejecución (art. 13 LEVD), otorgándose el derecho a recurrir diferentes resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria¹⁷⁷, siempre y cuando se haya solicitado previamente su notificación (art.

¹⁷⁴ Tal y como dispone el art. 100 de la LECrim, de todo delito nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil (la cual puede ejercerse ante la jurisdicción penal, o reservarse para ejecutarla por la vía civil, *ex art.* 112 LECrim) para la restitución de la cosa, la indemnización del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible.

¹⁷⁵ Esto resulta ventajoso en cuanto permite a las víctimas no tener que contratar un abogado y, en su caso, procurador, para defender sus derechos y verse reparada en los perjuicios causados, más aun teniendo en cuenta los recursos limitados con los que frecuentemente cuentan las víctimas de los delitos de odio (si bien en estos supuestos podrán ser beneficiarios de asistencia jurídica gratuita). En cualquier caso, se reconoce el derecho a reembolso. *Vid.*: AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 286.

¹⁷⁶ No obstante, respecto a las víctimas indirectas el Juez o Tribunal podrá acordar, motivadamente, prescindir de la comunicación a todos los familiares cuando ya se haya dirigido con éxito a varios de ellos, o cuando hayan resultado infructuosas cuantas gestiones se hubieren practicado para su localización (art. 12.1 LEVD).

¹⁷⁷ Estas resoluciones son a) el auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, siempre y cuando la víctima lo fuera del delitos de homicidio, delitos de aborto, delitos de lesiones, delitos contra la libertad, delitos de tortura y contra la integridad moral, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, delitos de robo cometidos con violencia o intimidación, delitos de terrorismo y delitos de trata de seres humanos; b) el auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima

13.1 LEVD). No obstante, antes de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria dicte alguna de estas resoluciones, deberá dar traslado a la víctima para que en el plazo de cinco días formule sus alegaciones (art. 13.3 LEVD).

A continuación, y cuando el órgano judicial dicte la resolución, la víctima deberá anunciar en primer lugar al Letrado de la Administración de Justicia competente su voluntad de recurrir dentro de los cinco días primeros días tras la notificación (para lo cual no será necesaria la asistencia de abogado). Después, podrá interponer el recurso dentro del plazo de quince días desde la notificación de la resolución (art. 13.1 LEVD).

Asimismo, se reconoce a las víctimas potestad para interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la Ley que sean necesarias para garantizar su seguridad (por ejemplo, prohibición de aproximación o comunicación, con ella o sus familiares), en casos de condena por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima¹⁷⁸. Asimismo, la víctima podrá facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que se hubiera acordado (art. 13.2 LEVD).

Ahora bien, en el caso de que la víctima decidiese mostrarse parte en la causa y no haya sido beneficiaria de justicia gratuita, el art. 14 LEVD proclama su derecho a obtener el reembolso de los gastos necesarios en los que haya incurrido para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales que se le hubieren causado, con carácter preferente a otros pagos a los que haya sido condenado el acusado.

También se reconoce el derecho a la justicia restaurativa, en virtud del art. 15 LEVD, por el cual las víctimas podrán obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito. Para acceder a estos servicios se requiere que tanto el infractor (siempre y cuando haya reconocido los hechos de los que derive su responsabilidad) como la víctima (después de ser informada adecuadamente sobre el contenido, posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo el cumplimiento de la mediación) presten su consentimiento a la labor de mediación (sin

lo fuera de alguno de los delitos anteriores o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal; y por último, c) el auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, siempre que se trate de un delito de los mencionados o de los señalados en el art. 36.2 CP, y se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

¹⁷⁸ A estos efectos, deberán tenerse en cuenta las reglas de conducta dispuestas en el art. 83.1 CP.

perjuicio de la posibilidad de ambos de revocar el consentimiento en cualquier momento); que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para ella; y que la mediación no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

En cuanto a este último requisito, salvo contadas excepciones, como es la violencia de género, no encontramos en la Ley ninguna prohibición respecto a las materias en las que debe excluirse la mediación¹⁷⁹. Ahora bien, esta no es posible en todas las materias penales, sino que debería quedar reservada a hechos que afectaren a bienes jurídicos de carácter patrimonial (básicamente delitos contra la propiedad no violentos), lesiones leves o menos graves o delitos culposos¹⁸⁰.

En *Emilio o la educación*, Rousseau afirma que «El hombre es bueno por naturaleza, pero se hace malo por culpa de las instituciones sociales»¹⁸¹. En este sentido, también hay voces que recuerdan la teoría de los médicos forenses según la cual «las sociedades tienen los delincuentes que se merecen, pues si se respira la corrupción de la libertad de expresión y la violación de los derechos fundamentales (...), produce una desviación en la conducta»¹⁸². De este modo, al tratarse los delitos de odio de una conducta aprendida de los prejuicios discriminatorios latentes en la sociedad, resulta más factible que tal conducta sea desaprendida, tal y como expone Irene M. Briones. Para ello se precisa la reintegración del individuo, a lo cual contribuye la justicia restaurativa¹⁸³. No obstante, deberá atenderse al caso concreto, pues en los delitos más graves que alteran el orden público, al afectar a cohesión y la estabilidad social, no parece aconsejable la justicia restaurativa. Recuérdese que en los delitos de odio no solo es víctima quien sufre el daño, sino también el grupo al que pertenece y la sociedad en su conjunto.

Retornando al estudio de la justicia restaurativa, es importante señalar que, conforme al art. 15.2 LEVD, los debates desarrollados serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Por ello, los mediadores y otros

¹⁷⁹ V. art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹⁸⁰ WOLTERS KLUWER, «Mediación penal reparadora en adultos». Disponible en: <https://cutt.ly/6jSyuKb> [última visita 17/01/2020].

¹⁸¹ ROUSSEAU, J.J., *Emilio o la educación* (online), p. 313. Disponible en: <https://cutt.ly/bkyVqih> [última consulta 31/01/2021].

¹⁸² BRIONES, I.M., «Herramientas para la prevención de los delitos de odio contra las personas o grupos de personas o por razón de religión o de creencias», en *Foro, Nueva época*, vol. 21, n.º 1 (2018), p. 438. Disponible en: <https://cutt.ly/vkyBeke> [última consulta 31/01/2021].

¹⁸³ Ídem.

profesionales que participen en el procedimiento estarán sujetos a secreto profesional respecto a los hechos y manifestaciones que conocieren en el ejercicio de su función.

Por último, el art. 18 LEVD reconoce el derecho de las víctimas tendrán derecho a que devolución de los bienes de su propiedad que hubieran sido incautados en el proceso. No obstante, la restitución podrá denegarse cuando la conservación de los efectos por la autoridad resulte imprescindible para el correcto desarrollo del proceso penal y no sea suficiente con la imposición al propietario de una obligación de conservación de los efectos a disposición del Juez o Tribunal; o cuando su conservación sea necesaria en un procedimiento de investigación técnica de un accidente.

3.3. Protección de las víctimas

En virtud del art. 19 LEVD se regula el derecho de las víctimas a la protección. Concretamente, se impone a las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos el deber de adoptar las medidas necesarias con el fin de garantizar la vida, integridad física y psíquica, libertad, seguridad, y la libertad e indemnidad sexual de la víctima y sus familiares; proteger adecuadamente su intimidad y dignidad (especialmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio); y evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada¹⁸⁴.

Ahora bien, previamente a la adopción de las medidas cautelares, deben determinarse cuáles son necesarias para evitar perjuicios a la víctima que pudieran derivar del proceso. Para ello, se realizará una evaluación individual, en las que se deberá atender a una serie de factores, dispuestos en el art. 23 LEVD y que a continuación referiremos.

En primer lugar, las circunstancias personales de la víctima. Especialmente, se tendrá en cuenta si se trata de personas con discapacidad, si existe una relación de dependencia entre víctima e infractor, si la víctima es menor de edad, o si son víctimas necesitadas de especial protección o en las que concurren factores de especial vulnerabilidad. A estos efectos, cabe recordar que a las víctimas de delitos de odio se les considera tanto necesitadas de especial protección como en situación vulnerabilidad.

¹⁸⁴ En el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso.

En segundo lugar, se atenderá a la naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados, así como el riesgo de reiteración delictiva. Se valorarán en particular las necesidades de protección de las víctimas de los delitos de odio, así como las de las víctimas de delitos de terrorismo, cometidos por organización criminal, de violencia de género, contra la libertad e indemnidad sexual, desaparición forzada, trata de seres humanos.

En tercer lugar, se tendrán en especial consideración las circunstancias del delito, en particular si son delitos violentos.

Además, en todo caso, se incluirán las necesidades de protección que hayan sido manifestadas por la víctima, así como la voluntad que hubiera expresado art. 24.2 LEVD).

Por otro lado, la competencia de esta evaluación individual, así como la determinación de las medidas de protección, dependerá del momento procesal en el que se encuentre el procedimiento.

Durante la fase inicial de las investigaciones, es decir, en el momento inmediatamente posterior a la interposición de la denuncia, competirá a los funcionarios de policía [art. 24.1.a) LEVD]. En efecto, dispone el art. 30.1 REVD que las FCSE y, en su caso, las policías autonómicas, efectuarán en el momento de la denuncia una primera evaluación individual de la víctima para la determinación de sus necesidades de protección y para la identificación, en su caso, de víctimas vulnerables.

En esta primera evaluación, se informará a la víctima de la posibilidad de acudir a una OAVD. En caso de que accede a ello, la Oficina correspondiente le realizará una evaluación individualizada a partir de los datos remitidos por la policía (siempre y cuando la víctima haya prestado su consentimiento a tal remisión, tras ser informada adecuadamente de las ventajas y consecuencias) y a las necesidades manifestadas por la víctima, con respeto a su integridad física, mental y moral (art. 30 REVD).

De esta evaluación, las oficinas podrán realizar un informe con el consentimiento previo e informado de la víctima, que podrá ser remitido con carácter reservado y confidencial a la autoridad judicial o fiscal competente, donde proponga las medidas que sería conveniente adoptar¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Estas medidas pueden ser: a) Que se reciba declaración a la víctima lo antes posible, el menor número de veces y únicamente cuando resulte estrictamente necesario; b) Que la víctima pueda estar acompañada de una persona de su elección; c) Que se les reciba declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin; d) Que se les reciba declaración por profesionales que

En el caso de que cualquier circunstancia en que se hubiera basado la evaluación individual cambie relevantemente, se deberá actualizar esta y, en su caso, modificarse las medidas de protección acordadas (art. 31 REVD)¹⁸⁶.

Durante la fase de investigación del delito, la valoración de las necesidades de la víctima y la determinación de las medidas de protección competarán al Juez de Instrucción o al de Violencia sobre la Mujer (sin perjuicio de la evaluación y resolución provisional que realizará y adoptará el Fiscal en sus diligencias de investigación o en los procedimientos sometidos a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores), *ex art. 24.1.b) LEVD*. Estos podrán servirse de la evaluación de las FCSE y del informe de la OAVD. El procedimiento es el dispuesto en la LEVD y la LECrim (art. 9.2 REVD).

hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda; e) Que todas las tomas de declaración a una misma víctima le sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal; f) Que la toma de declaración, cuando se trate de víctimas de violencia de género, de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y de trata con fines de explotación sexual, se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando ésta así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal; g) Cualquier otra medida tendente a evitar el contacto visual de la víctima con el acusado (art. 31.1 REVD).

¹⁸⁶ Como se puede apreciar, tanto en el apoyo como en la protección de la víctima ejerce un papel fundamental la OAVD. Estas se constituyen como unidades dependientes del Ministerio de Justicia o de las consejerías de las CC.AA. que tengan asumidas competencias en materias de Justicia (Art. 27.1 LEVD y Motivo IV del Preámbulo del REVD.) El objetivo es establecer un marco asistencial mínimo para la prestación de un servicio público y gratuito que garantice los derechos y la protección de la víctima. Para ello, las oficinas dirigen sus esfuerzos a lograr una asistencia integral, coordinada y especializada a las víctimas y dar respuesta a las necesidades específicas en el ámbito jurídico, psicológico y social, con el fin último de minimizar la victimización primaria (es decir, los daños y perjuicios derivados del delito) y evitar la secundaria (Motivos II y IV del Preámbulo del REVD y arts. 17 y 20 REVD.)

Así pues, la labor de las OAVD consiste en la acogida inicial de la víctima, su orientación e información y la propuesta de medidas concretas de protección, priorizando el trato individualizado y las necesidades de apoyo específicas de cada víctima. En cualquier caso, el acceso a los servicios de apoyo expuestos no se condicionará a la presentación previa de una denuncia (art. 28.3 LEVD). Concretamente, entre las funciones de las OAVD, el legislador enumera un elenco no exhaustivo, estableciendo la asistencia mínima que tienen que desempeñar estas oficinas, y que el Reglamento del Estatuto de la Víctima se encarga de desarrollar. Brevemente, podemos resumir que estas funciones son la información a la víctima de sus derechos y los servicios especializados disponibles; el apoyo emocional; el asesoramiento sobre los derechos económicos y sobre la forma de prevenir la victimización secundaria, o la intimidación o represalias; la coordinación de los órganos, instituciones y entidades competentes para la prestación de servicios de apoyo a la víctima, y coordinación de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal para la prestación de los servicios de apoyo; evaluación de las circunstancias personales de las víctimas y proposición de medidas de protección; y apoyo a los servicios de justicia restaurativa, así como a los demás procedimientos de solución extraprocésal contenidos en las leyes (Para más información en cuanto a las funciones de las OAVD, ver arts. 28 y 29 LEVD y arts. 19 y siguientes REVD.) Los familiares de la víctima también podrán ser beneficiarios de la asistencia y apoyo brindada por las oficinas a las que nos referimos cuando se trate de delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad (art. 28.4 LEVD).

Por último, es importante subrayar que las víctimas con discapacidad o con necesidades especiales de protección, como son las víctimas de delitos de odio, así como en su caso sus familias, recibirán, la asistencia y apoyo que resulten necesarios ya sea directamente o mediante su derivación hacia servicios especializados (art. 28.5 LEVD).

Durante la fase de enjuiciamiento, la evaluación corresponderá al Juez o Tribunal a los que correspondiera el conocimiento de la causa. Al igual que en el caso anterior, deberán seguir los cauces dispuestos en la LEVD y en la LECrim.

Las resoluciones que se adopten deberán ser motivadas y reflejarán cuáles son las circunstancias que han sido valoradas para la adopción de las medidas de protección (art. 24.1 LEVD).

Ahora bien, ¿cuáles son las medidas de protección que se pueden decretar? El art. 25 LEVD se encarga de enumerarlas, clasificándolas según sean adoptadas en la fase de investigación o durante la fase de enjuiciamiento.

Durante la fase de investigación, se podrá acordar: a) Que se reciba declaración de las víctimas en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin; b) Que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda; c) Que todas las tomas de declaración a una misma víctima le sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal; d) Que la toma de declaración, cuando se trate de las víctimas de violencia de género, delitos contra la libertad y la indemnidad sexual y delitos de trata con fines de explotación sexual, se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando ésta así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal.

Durante la fase de enjuiciamiento podrán ser adoptadas: a) Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos; b) Medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas; c) Medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima; d) Celebración de la vista oral sin presencia de público (si bien el Juez o el Presidente del Tribunal podrán autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa); e) los supuestos “a” y “c” expuestos en el párrafo anterior.

Asimismo, también podrá acordarse la adopción de las medidas de protección a dispuestas en el art. 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales¹⁸⁷.

Además, en el caso de víctimas menores y con discapacidad, se adoptarán las medidas necesarias para evitar o limitar que la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito, como la grabación de las declaraciones o que la declaración sea recibida por expertos en el trato con menores y discapacitados (art. 26.1 LEVD). Asimismo, con el mismo interés, y en caso de conflicto de intereses entre la víctima y sus representantes legales, o cuando estas víctimas estén separadas de quienes ejercen la patria potestad o cargos tutelares, el Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial, para que la represente a la víctima en la investigación y en el proceso penal (art. 26.2 LEVD).

Es importante destacar que las víctimas tienen el derecho a renunciar a las medidas de protección adoptadas, tal y como establece el art. 24.2 *in fine* LEVD.

V. PERSECUCIÓN Y ENJUICIAMIENTO DELITOS DE ODIO

1. Deber de investigación oficial en supuestos de delitos de odio

El TEDH, en su Sentencia de 20 de octubre de 2015, Asunto Balázs contra Hungría, proclama la obligación de las Altas Partes Contratantes de garantizar que las personas que se hallen bajo su jurisdicción no sean sometidas a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, de conformidad con los arts. 1 y 3 CEDH.

En concreto, supone un trato degradante y, por consiguiente, contrario al CEDH, la discriminación a los rasgos inherentes a una persona que la caracterizan y diferencian de los demás, en la medida en que constituyen una agresión contra la dignidad humana¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Estas son: a) no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave; b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal; y c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

¹⁸⁸ Concretamente, el TEDH se refiere únicamente a que «la discriminación racial (...) constituye en sí misma un “trato degradante” en el sentido del art. 3». No obstante, a continuación, dispone que tanto los comentarios discriminatorios como los insultos racistas «deben considerarse en cualquier caso como factores agravantes a la hora de considerar un caso concreto de malos tratos a la luz del art. 3». Conforme a esta equiparación y, por supuesto, a la luz del art. 14 CEDH (prohibición de discriminación), deducimos

Por lo tanto, cuando una persona interponga una denuncia por haber sufrido un delito de odio, las autoridades nacionales están obligadas a desplegar, con diligencia e imparcialidad¹⁸⁹, una investigación oficial efectiva con la finalidad de, por un lado, determinar los hechos del caso e identificar y castigar a los responsables; y, por otro lado, averiguar si el odio o los prejuicios han intervenido o no en los acontecimientos¹⁹⁰.

Ninguno de estos deberes supone una obligación de resultado, sino de medios, de forma que las autoridades, para no infringir el derecho europeo, deberán adoptar las medidas razonables a su alcance para garantizar la obtención de pruebas sobre el incidente, estudiar el conjunto de los medios concretos para descubrir la verdad, y dictar decisiones plenamente justificadas, imparciales y objetivas. Todo ello sin omitir hechos dudosos reveladores de un acto de violencia justificado por motivos discriminatorios¹⁹¹.

En cualquier caso, la investigación no debe limitarse a esclarecer el hecho y su autor; sino que debe profundizar en averiguar la posible existencia de autores intelectuales detrás del autor material del delito, dado que es frecuente la comisión de esta tipología de ilícitos en el seno de grupos u organizaciones constituidas para fomentar el odio¹⁹².

2. Prueba de la motivación discriminatoria

2.1. Indicadores de polarización y prueba indiciaria

El Tribunal de Estrasburgo reconoce que el principal problema a la hora de investigar un delito de odio es la dificultad de probar el móvil discriminatorio e intolerante, debido a que pertenece a lo más profundo del ánimo interno del autor. Por ello, establece que tanto los agentes de policía como los representantes de las ONG que reciban las denuncias o entrevisten a las víctimas se servirán de criterios por los que, a través de hechos objetivos, puedan relacionar la comisión de un acto delictivo con una

que la consideración de malos tratos no se reduce solo a supuestos de discriminación racial, sino que cualquier acto discriminatorio hacía unos rasgos propios de una persona constituyen un trato degradante.

¹⁸⁹ En palabras del TEDH, la investigación deberá desarrollarse con diligencia e imparcialidad ante la necesidad de reafirmar continuamente la condena social de la discriminación y mantener la confianza de las minorías en la capacidad de las autoridades para protegerlas de la violencia discriminatoria. STEDH de 20 de octubre de 2015, Asunto Balázs c. Hungría, párrafo 53.

¹⁹⁰ Para que la investigación sea «efectiva», «debería haber logrado en principio determinar los antecedentes de hecho del caso e identificar y castigar a los responsables». STEDH de 20 de octubre de 2015, Asunto Balázs c. Hungría, párrafo 51.

¹⁹¹ STEDH de 20 de octubre de 2015, Asunto Balázs c. Hungría, párrafos 47 a 54.

¹⁹² Protocolo de Actuación de las FCSE para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación, p. 19.

probable motivación discriminatoria. Cuando concurra alguno de estos indicadores, el incidente se registrará como un probable delito de odio y se desplegará una investigación más profunda tendente a determinar la motivación delictiva¹⁹³.

Estos criterios, denominados indicadores de polarización, son enumerados en el Protocolo de Actuación de las FCSE para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación. Se recogen los siguientes:

a) La percepción de la víctima. Conforme a este indicador, se atenderá al particular sentimiento del sujeto pasivo del ilícito de haber sufrido el delito en base a algún motivo discriminatorio, fundado, entre otros factores, en su experiencia personal ante el prejuicio, la identidad de sus autores y las circunstancias de la agresión. La valoración de los testigos también puede aportar importantes elementos respecto al móvil¹⁹⁴.

b) La pertenencia de la víctima a un colectivo o grupo minoritario por motivos protegidos¹⁹⁵, así como supuestos de discriminación y odio por asociación¹⁹⁶.

c) Respecto a las características y la actitud del agresor, serán indicadores de la polarización las expresiones o comentarios discriminatorios e intolerantes proferidos a las víctimas durante la comisión de los hechos¹⁹⁷; sus tatuajes, vestuario o estética, que en numerosas ocasiones tendrán una connotación simbólica, representativa de ciertos movimientos extremistas; o propaganda, estandartes, banderas o pancartas de carácter extremista o radical que se pudieran portar en el momento de los hechos, o que puedan encontrarse en el domicilio de los infractores.

d) Los antecedentes penales y policiales del sospechoso que puedan derivarse de su participación en hechos similares, o por haber sido identificado por asistir a actos o manifestaciones caracterizadas por la hostilidad hacia colectivos minoritarios (en España u otros países de la UE).

¹⁹³ STEDH de 20 de octubre de 2015, Asunto Balázs c. Hungría, párrafo 21.

¹⁹⁴ Párrafo 21 de la STEDH de 20 de octubre de 2015, Asunto Balázs c. Hungría.

¹⁹⁵ «Un “motivo protegido” es una característica de una persona que no debe considerarse relevante para administrarle un trato diferenciado, ni para que goce de un determinado beneficio». *Vid.*: FRA, «Manual de legislación europea contra la discriminación», Edición de 2018, p. 183.

¹⁹⁶ Así pues, se protege a aquellas víctimas que, sin pertenecer a un colectivo minoritario, son deliberadamente seleccionadas por su relación con el mismo. *Vid.*: Protocolo de Actuación de las FCSE para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación, p. 17.

¹⁹⁷ Por ello, es muy importante que al interponer la denuncia o al recibir declaración, tanto las víctimas como los testigos los citen literalmente, y se aseguran de que así se haya hecho constar en el atestado o en la declaración. Protocolo de Actuación de las FCSE para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación, p. 17.

e) La relación del sospechoso con grupos ultras de fútbol, así como con otros grupos o asociaciones caracterizadas por su odio, animadversión u hostilidad contra colectivos cuyos miembros poseen un rasgo por el que son discriminados.

f) Que el incidente haya ocurrido cerca de un lugar de culto, un cementerio o un establecimiento relacionado a un grupo protegido.

g) La aparente gratuidad de los actos violentos. Este factor debe ser considerado como un indicio muy poderoso.

h) Enemistad histórica entre los miembros del grupo de la víctima y el presunto culpable.

i) Que los hechos hayan tenido lugar en una fecha significativa para la comunidad o colectivo protegido (como las festividades religiosas); o cuando se conmemore un acontecimiento simbólico para el delincuente, como el aniversario de un atentado.

La concurrencia de tan solo uno de estos indicadores bastará para orientar la investigación a dirimir la existencia de una motivación discriminatoria¹⁹⁸. Ahora bien, conviene recalcar que su apreciación no demuestra la existencia de un delito de odio, pues para ello es necesario que el odio o la intolerancia sea ratificado por un órgano judicial tras una investigación rigurosa y exhaustiva¹⁹⁹.

De este modo, para la efectividad de la investigación, resulta fundamental, por un lado, rastrear perfiles en redes sociales y otros sitios web relacionados con el investigado²⁰⁰. Tal y como señala el Protocolo de actuación de las FCSE, los prejuicios no son manifestados únicamente con la comisión del delito, sino que también son mostrados en los momentos pre y post delictivos. De hecho, existen supuestos en los que los autores han grabado los hechos para a continuación subirlos a las redes. Además, se encuentran casos en los que el acusado, anteriormente a la comisión de delito, ha apoyado movimientos discriminatorios, ha alabado a sus autores, o ha dejado reflejados sus prejuicios mediante comentarios o mensajes en internet.

Por otro lado, y en caso de hechos graves, es interesante (y en ocasiones, necesario) solicitar y acordar judicialmente diligencias de interceptación de las

¹⁹⁸ Protocolo de Actuación de las FCSE para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación, p. 16.

¹⁹⁹ STEDH de 20 de octubre de 2015, Asunto Balázs c. Hungría.

²⁰⁰ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 328.

comunicaciones telefónicas o telemáticas; diligencias de entrada y registro en el domicilio del o de los investigados, de modo que se puedan intervenir elementos empleados para la comisión del delito, así como otros indicios que evidencien el odio hacia la víctima o colectivo al que pertenezca; o el volcado y análisis de terminales de dispositivos electrónicos, o el acceso a sistemas de almacenamiento de información en «la nube».

Es menester subrayar que estas intervenciones deben reservarse a hechos graves, dada la afectación a los derechos fundamentales que suponen, siempre que la naturaleza del delito cometido lo permita y ponderándose la necesidad y proporcionalidad de tal medida²⁰¹. En este sentido, la práctica de estas pruebas está limitada a delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; delitos de terrorismo; y a ciertas diligencias de investigación para delitos informáticos, o cometidos mediante otro tipo de tecnología de la información o servicio de comunicación (arts. 579.1, art. 588 ter a, y art. 588 quater b LECrim)²⁰². No obstante, habrá de estar a lo concretamente dispuesto para cada prueba que afecte a derechos fundamentales, pues algunas de ellas se restringen a delitos concretos (por ejemplo, la intervención de agentes encubiertos del art. 282 bis.6, se reserva a los delitos contenidos en el art. 282 bis.4 y art. 588 ter a).

La adopción de la práctica de pruebas de esta naturaleza debe estar precedida por indicios que la legitimen. Tal y como se argumenta en la STS 314/2015, de 4 de mayo (FJ 2º), los indicios necesarios para irrumpir en un derecho fundamental no pueden confundirse con los que sirven de base a un auto de procesamiento o inculpación formal. En efecto, no se les puede exigir la solidez de una «provisional cuasi certeza». Eso sí, deben ser siempre razonables y estar debidamente fundados. Por ello, la Policía debe ofrecer al Juez los motivos en que basa su sospecha, para que este decida. En su decisión, deberá valorar no sólo la gravedad de los delitos que se investigan y la necesidad de

²⁰¹ Estas medidas no serán apropiadas en todos los supuestos, dependerá de la gravedad del delito. La doctrina del TC ha señalado que la gravedad de la infracción punible no puede estar determinada únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, aunque, indudablemente, ha de ser un componente que debe tomarse en consideración, sino, que a la vez, deben tenerse en cuenta otros factores como la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos, la relevancia social de la conducta, la comisión del delito por organizaciones criminales, o la incidencia del uso de las tecnologías de la información, pues su abuso facilita la perpetración del delito y dificulta su persecución. Protocolo de Actuación de las FCSE para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación, pp. 18 y 19.

²⁰² AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 329 y siguientes.

invasión de un derecho fundamental, sino que también deberá efectuar un juicio ponderativo sobre el nivel calificativo de los indicios que avalan las sospechas.

Así pues, tras la correspondiente investigación y una vez comprobada la motivación discriminatoria, el órgano jurisdiccional podrá condenar por un delito de odio en base a la prueba indiciaria, sin perjuicio del derecho a la presunción de inocencia del acusado, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional²⁰³.

En efecto, el tribunal parte de la concepción de la presunción de inocencia como prohibición a ser condenado sin pruebas de cargo válidas que lleven a deducir la veracidad de los hechos, así como la participación del acusado en ello. Ahora bien, a falta de prueba directa de cargo, establece que la prueba indiciaria puede fundamentar una condena, sin que ello vulnere la presunción de inocencia.

No obstante, para la validez de los indicios (o hechos base, como los denomina el Constitucional), se requiere que estén plenamente probados²⁰⁴; que los hechos constitutivos del delito se deduzcan precisamente de dichos indicios; que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo cual se precisa que el órgano judicial exteriorice los indicios y, especialmente, explique el enlace lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, por último, que tal razonamiento siga las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

En definitiva, sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en caso de condena por prueba indiciaria cuando «la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada» (STC 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3º).

²⁰³ STC 15/2014, de 25 de febrero (FJ 6), que se basa en otras sentencias como las SSTC 70/2010, de 18 de octubre (FJ 3); 111/2008, de 22 de septiembre (FJ 4) y 300/2005, de 21 de noviembre).

²⁰⁴ A diferencia de lo que ocurre en la fase de investigación, donde basta la concurrencia de un solo indicador de polarización para dirigir la instrucción a averiguar la motivación delictiva del investigado, para condenar a alguien en base a la prueba indirecta, los indicios deben ser plurales. Ello se debe a que «su propia naturaleza periférica les priva de idoneidad para fundar por sí mismos la convicción judicial», salvo en aquellos casos en los que el indicio único tenga singular potencia acreditativa o un significado especialmente relevante, como puede ser una agresión aparentemente gratuita. *Vid.*: AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 319.

2.2. Prueba pericial de inteligencia

La prueba pericial de inteligencia es una prueba personal, integrada por testimonios de conocimiento emitidos por especialistas del ramo correspondiente, cuya finalidad es suministrar los conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos necesarios para determinar una realidad no constatable por el Juez. Si bien no responden a un patrón diseñado en la LECrim, se trata de una variante de la pericial regulada en el art. 456 LECrim y de la regulada en el art. 335 de la LEC²⁰⁵.

Su importancia en el enjuiciamiento de los delitos de odio radica en su participación en la prueba de indicios, en cuanto aportan datos de conocimiento sobre determinadas personas y actividades que sirven como elementos interpretativos sobre los indicios o indicadores de polarización obrantes en la causa²⁰⁶. Por ejemplo, piénsese en un delito que haya sido cometido en una fecha que conmemora un acontecimiento simbólico para el autor del delito, o que este presenta diversos tatuajes relacionados con la opresión o discriminación a grupos protegidos, y que ni el Juez ni los agentes encargados de la investigación se hayan percatado de ello, o bien imaginando su posible connotación, no pueden afirmarla con rotundidad. La intervención de un especialista en la materia serviría para corroborar la motivación discriminatoria o, en caso contrario, descartarla (si bien siempre corresponde la decisión final al Juez). Por ello, desde la doctrina se recomienda recurrir a este medio de prueba desde el inicio de la investigación para analizar y evaluar posibles indicadores de motivación por odio²⁰⁷. En cualquier caso, el informe de inteligencia no vincula al Juez²⁰⁸.

Además, este medio de prueba podría contribuir a descubrir si el autor ha cometido el delito en el seno de un grupo criminal²⁰⁹. Por ello, se recomienda que la policía, de oficio o a instancia de los fiscales o de los jueces de instrucción, crucen los datos del autor con otras informaciones disponibles que puedan revelar su conexión con grupos extremistas o radicales²¹⁰.

²⁰⁵ STS n.º 263/2012, de 28 de marzo, FJ 3º

²⁰⁶ Ídem.

²⁰⁷ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 323.

²⁰⁸ STS n.º 263/2012, de 28 de marzo, FJ Tercero.

²⁰⁹ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 324.

²¹⁰ Por ejemplo, el Protocolo de actuación de las FCSE respecto a los delitos de odio dispone que se deberán cruzar los datos del autor del delito de odio con los recogidos en el Registro Central de Sanciones en materia de violencia, racismo, xenofobia e intolerancia en el deporte para dilucidar su

En cuanto a su naturaleza, se discute en la doctrina y jurisprudencia si se trata de una verdadera prueba pericial, o se trata más bien de una prueba testifical. El TS entiende la prueba de inteligencia más próxima a la primera de ellas, pues los expertos aportan conocimientos propios y especializados para la valoración de determinados documentos y estrategias²¹¹.

Esta disyuntiva puede ser conflictiva a la hora de proponer la comparecencia de los expertos en el juicio oral, ya que las acusaciones deben proponerles para que ratifiquen sus informes (en garantía de los principios de inmediación y contradicción). Por ello, y ante el conflicto de interpretación, parece recomendable que tal proposición de prueba se realice en calidad mixta de testigos-peritos, conforme a lo dispuesto en el art. 370.4 de la LEC (aplicable al proceso penal en virtud de la regla de subsidiaridad de la legislación procesal civil en el proceso penal, tal y como dispone el art. 4 de la LEC)²¹².

2.3. Otros medios de prueba

Con el objetivo de salvaguardar la seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que el odio, la discriminación o la intolerancia, como queramos llamarlo, ha sido el motivo del delito, ya sea para aplicar la agravante del art. 22. 4º CP, o para cualquiera de los delitos específicos de odio tipificados en nuestro texto penal (STS 314/2015, de 4 de mayo de 2015, FJ 19º). Para ello, se pueden utilizar cualquier medio de prueba admitidos en Derecho²¹³.

En particular, y en primer lugar, se recomienda recopilar todos los testigos posibles a fin de reforzar al máximo la prueba incriminatoria, de modo que no se deje todo el peso a la declaración testifical de la víctima. De hecho, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, establece la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las investigaciones y actuaciones judiciales de delitos de odio no estén supeditados a la presentación de declaraciones o cargos por parte de la víctima, por lo menos en los

pertenencia a grupos ultra de fútbol. *Vid.*: Protocolo de Actuación de las FCSE para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación, p. 18.

²¹¹ STS n.º 263/2012, de 28 de marzo, FJ 3º.

²¹² AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 325 y ss.

²¹³ VV.AA., *Delitos de odio, guía práctica para la abogacía*, Fundación Abogacía Española, p. 51.

casos más graves. Así pues, la prueba recomendada estaría en cohesión y coherencia con el derecho europeo.

A estos efectos, es conveniente aunar el mayor número de testigos posibles a fin de tener pruebas incriminatorias sólidas y reforzar el testimonio de la víctima, pues en frecuentes ocasiones sólo se obtiene la declaración de la víctima y del investigado, lo que conlleva a que la denuncia sea archivada en el Juzgado de Instrucción, o se decreta el sobreseimiento y la absolución en la fase de enjuiciamiento ante las versiones contradictorias.

Así pues, y en defensa de esta prueba, debemos aludir a que, en aquellos casos en que la víctima no denuncia, la testifical contribuirá no solo a la acreditación de la motivación discriminatoria, sino también para acreditar el propio hecho en sí. Además, la recopilación de testigos puede aportar elementos suficientes para solicitar la autorización judicial para indagaciones más intrusivas, como registros domiciliarios o interceptación de las comunicaciones²¹⁴.

En segundo lugar, en caso de que se tenga conocimiento de la celebración de actos públicos convocados con la finalidad de propagar el discurso del odio, y con él la discriminación e incluso la violencia contra algún grupo cuyos miembros compartan un motivo protegido, una vez acreditados los indicios racionales de la posible comisión de dicho delito, convendría que se acordase la grabación del acto por la policía para su posterior estudio y depuración de acciones penales. Del mismo modo, resultaría conveniente que la Fiscalía incoase las diligencias de investigación por medio del fiscal especializado del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación²¹⁵.

En tercer lugar, nos referiremos sucintamente a la prueba en el ciberodio, esto es, cuando la incitación a la intolerancia se haya efectuado a través de las redes sociales, páginas web, mensajes de texto, email y, en general, por medio de cualquier tecnología basadas en ordenadores y móviles.

²¹⁴ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 327; y VV.AA., *Delitos de odio, guía práctica para la abogacía*, Fundación Abogacía Española, p. 50.

²¹⁵ AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *op. cit.*, p. 331.

Para acreditarse los hechos, los mensajes o aquellos otros medios que hayan supuesto el ataque discriminatorio deberán aportarse durante la fase de instrucción en un soporte adecuado para ser reproducido en el juicio oral²¹⁶.

En este sentido, debemos referirnos a los supuestos de prueba de una comunicación bidireccional, como pueden ser conversaciones mantenidas por WhatsApp, o mensajes o comentarios recibidos en una red social. Tal y como dispone la STS 300/2015, de 19 de mayo (FJ 4º), este tipo de prueba debe ser abordada con toda cautela por los órganos jurisdiccionales, dada su posible manipulación. En particular, se apunta al riesgo que conlleva el anonimato que autorizan los sistemas informáticos y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, lo que pueden hacer aparentar una conversación o comunicación en la que un único sujeto se comunica consigo mismo.

De este modo, cuando se presenta una prueba de tales características y su autenticidad es impugnada por la otra parte, la carga probatoria corresponderá a aquel que pretenda hacerla valer. En ese caso, será indispensable la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido. Asimismo, y en orden a resolver el recurso del asunto planteado en la Sentencia que estudiamos, el Tribunal Supremo concluye que la puesta a disposición del órgano jurisdiccional de la contraseña de la red social en la que habían tenido lugar las conversaciones para la comprobación de los hechos, así como la proposición de testigos que ratifiquen la versión de la víctima en el plenario, sirven para determinar la autenticidad de la prueba.

Finalmente, en cuanto a los correos electrónicos, el TS les ha atribuido la naturaleza de prueba documental, basándose para ello en el avance tecnológico, que supone que muchos documentos se materialicen y presenten en juicio a través de los nuevos soportes electrónicos. Ahora bien, será necesario valorar su autenticidad y si goza de literosuficiencia²¹⁷.

²¹⁶ VV.AA., *Delitos de odio, guía práctica para la abogacía*, Fundación Abogacía Española, p. 51.

²¹⁷ STS 706/2020, de 23 de julio, FJ 4º.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA: Los delitos de odio son aquellas infracciones penales motivadas por los prejuicios discriminatorios como manifestación de la intolerancia. Así pues, el concepto hace referencia a un criterio de clasificación de aquellos delitos cometidos por ese particular ánimo de su autor.

El significado es claro, si bien desde la sociedad y los medios de comunicación se hace un uso inadecuado. Ello se debe a la propia denominación a esta categoría de ilícitos. El empleo del término “odio” es demasiado amplio, teniendo en cuenta que en esta tipología de delitos lo que se castiga es el odio intolerante. Por ende, sería más preciso denominarlos «delitos de intolerancia».

SEGUNDA: El discurso del odio tipificado en el artículo 510.1.a) CP castiga tanto las conductas directas como las indirectas que sean capaces de generar en terceros sentimientos de odio y hostilidad, o actos discriminatorios o violentos. Apréciase que ni si quiera se exige que se perpetren actos concretos. Esto lo entendemos como desmesurado y desproporcional: si bien el odio hay que erradicarlo de la sociedad, castigar conductas indirectas contraviene, a nuestro juicio, el principio de intervención mínima que rige el Derecho Penal, y se acerca a un derecho penal de autor propio de regímenes autoritarios. Asimismo, se sobrecarga de responsabilidad al sujeto actuante ante el riesgo de una exagerada interpretación de un mensaje políticamente incorrecto, que pueda desembocar en delitos futuros motivados por la intolerancia, lo que podría llegar a generar inseguridad jurídica y disuadir el libre ejercicio de la libertad de expresión.

De este modo, deberían castigarse únicamente las conductas directas, aquellas en las que precisamente se aprecie el deseo de discriminar a colectivos concretos, apartarlos de la sociedad como resultado de la hostilidad dirigida hacia ellos, e incluso que sean objeto de agresiones violentas.

TERCERA: El carácter *numerus clausus* de los motivos protegidos en la mayoría de delitos de odio supone la rigidez de los diferentes preceptos. Por consiguiente, y teniendo en cuenta que el TS prohíbe la interpretación extensiva de las disposiciones sancionadoras, no se podrá imponer el castigo adicional que merecen aquellos actos delictivos motivados por el odio contra colectivos no incluidos, como la aporofobia o el edadismo, grupos que

indubitadamente se encuentran en situación de vulnerabilidad y constituyen grupos necesitados de especial protección. Otra cuestión problemática, es la falta de coordinación del listado de causas de discriminación recogido en el art. 22. 4º CP con las recogidas en el resto de delitos de odio.

Si bien tales supuestos podrán castigarse mediante otras vías del CP, resultaría interesante que se flexibilizara y armonizara el catálogo de causas de discriminación. A estos efectos, podrían introducirse fórmulas como «o cualquier otro motivo grave de discriminación hacia un grupo vulnerable o sus integrantes, que afecte al orden político y la paz social»; «u otro factor similar» (como realiza la OSCE a la hora de definir los delitos de odio); o «así como cualquier otro motivo discriminatorio contenido en el CP». Otra opción sería enumerar exactamente los mismos motivos protegidos en cada uno de los delitos de odio.

CUARTA: El carácter *numerus clausus* debería suprimirse especialmente en aquellos delitos de odio susceptibles de ser cometidos por la Administración Pública. El deber de las autoridades es promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que lo impidan o dificulten. Por lo tanto, no debería permitirse ningún tipo de discriminación proveniente de las Administraciones Públicas, dada su posición de garante de tales derechos. A estos efectos, debería seguirse el ejemplo del artículo 174.1 CP, por el que se castigará a toda autoridad o funcionario público que, en abuso de su cargo, cometa tortura «por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación».

Cabe señalar que la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI), en su Informe sobre España en el quinto ciclo de supervisión (adoptado el 5 de diciembre de 2017 y publicado el 27 de febrero de 2018) recomendó tipificar como delito todo tipo de discriminación en el ejercicio de los cargos públicos.

QUINTA: El art. 522 CP, referente al delito de coacciones impeditivas, dispone que la víctima del delito debe ser miembro de una confesión religiosa. Esto ha sido interpretado por parte de la doctrina como condición *sine qua non*. De este modo, sería necesario acudir al estatuto de los miembros de una determinada congregación para conocer los requisitos exigidos para pertenecer a una concreta entidad religiosa, y determinar si la víctima del delito los reúne o no. Esto nos parece incoherente y desproporcionado ante la dificultad

de encontrar registros oficiales respecto a las convicciones religiosas de las personas o censos de miembros de una congregación (al margen del censo bautismal que existe en la Iglesia católica), dado el especial celo con el que se ampara la libertad religiosa desde el ámbito de la protección de datos.

En nuestra humilde opinión, la protección de la libertad religiosa, entendida como el derecho a creer o a no creer, y el poder hacerlo en cualquier momento dado el también reconocido derecho a cambiar de creencias, no se debe ceñir a la oficialidad o no de la pertenencia a una determinada comunidad religiosa. Lo que debe importar es el ataque a la libertad de querer concurrir o practicar un acto religioso y que, por medios violentos, intimidantes, por la fuerza o por cualquier apremio ilegítimo, no sea posible. Por lo tanto, compartimos la opinión doctrinal de que el elemento subjetivo se está refiriendo a los miembros en abstracto, de forma que no haya que probar en el caso concreto la cualidad del miembro o no de una confesión religiosa del denunciante o querellante.

SEXTA: Las dos conductas delictivas dispuestas en el artículo 522 generan un concurso de leyes con el delito de coacciones del artículo 172, si bien se aplicarán con preferencia en virtud del criterio de especialidad del art. 8 CP.

Sin embargo, debemos mostrar nuestra sorpresa en cuanto a la benevolencia de las penas. El artículo 172.1 CP impone la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de 12 a 24 meses (según la gravedad del delito), aplicadas en su mitad superior, para aquellos que sin estar legítimamente autorizadas impidiere el ejercicio de un derecho fundamental, «salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código». Sin embargo, los delitos específicos descartan la pena de prisión y rebajan la pena de multa a cuatro meses como límite inferior, y 10 meses como límite superior.

Esto es difícil de asimilar, dado que no solo no se castiga el desvalor discriminatorio adicional de la acción, sino que además parece premiarse, rebajando las penas aplicables que resultarían si se vulnerase cualquier otro derecho fundamental. Esto lo entendemos como una vulneración clara del principio de igualdad y de la obligación de los poderes públicos de velar por el tal principio (arts. 14 CE y 9.3).

SÉPTIMA: El delito de perturbación de actos religiosos (art. 523 CP) otorga una protección específica y agravada a favor de las comunidades inscritas en el RER, debido

a la necesidad de que exista un reconocimiento jurídico efectuado por el Estado. Ahora bien, no comprendemos el porqué de esta especificación, teniendo en cuenta que es el único precepto en el que se exige. Si el fin de esta cláusula es limitar qué se entiende por confesión religiosa, a razón de realizar una especie de control de las comunidades religiosas, esta exigencia debería estar presente en los demás delitos de esta clase.

Como consecuencia, las confesiones no inscritas gozan de una protección penal de menor intensidad, de modo que en supuestos en los que concurran todos los elementos del tipo, pero el ataque se dirija contra una confesión «no oficial», la protección se debería reconducir al delito contra el orden público del art. 558 CP.

En fin, entendemos que con este requisito se discrimina por razón de religión, según esta esté inscrita o no, y hay una desigualdad en la protección para aquellos individuos que profesan una religión no inscrita, infringiéndose por consiguiente los arts. 14 CE y 1.2 LOLR.

OCTAVA: La protección a los sentimientos religiosos debe entenderse amparada por el derecho a la libertad religiosa. Esta exégesis deriva de la postura del TS y del TEDH, que consideran que el respeto al sentimiento religioso representa un «derecho fundamentalísimo en todo Estado Democrático de Derecho», de modo que su protección, como manifestación del derecho a la libertad religiosa, está incluida entre las posibles restricciones legales de la libertad de expresión.

Así pues, debe tenerse en cuenta que los sentimientos religiosos se incardinan, además, en la propia dignidad humana y en el desarrollo de la libre personalidad, ya que las creencias religiosas no se centran en la existencia o no de una divinidad, sino que incide en la cultura del individuo, en cómo se relaciona con la sociedad o en distintos aspectos morales y éticos, como por ejemplo en la concepción de la vida o la muerte o la sexualidad.

NOVENA: El artículo 524 CP castiga los actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados que sean perpetrados en templos, lugares destinados al culto o en ceremonias religiosas. Ahora bien, se discute el significado de «sentimientos religiosos legalmente tutelados», dividiéndose la doctrina entre los que entienden que el precepto solo protege los sentimientos religiosos de los feligreses de

confesiones inscritas en el RER; y entre los que entienden que de dicha especificación no debe deducirse ninguna distinción. Nosotros nos adherimos a esta segunda corriente. En sentido contrario, se estaría otorgando a las confesiones no inscritas una protección menor y de segundo grado, vulnerándose el principio de igualdad y no discriminación proclamado en los arts. 14 CE y 1.2 LOLR; y no se estaría otorgando una protección total de la libertad religiosa, garantizándose únicamente a las confesiones inscritas.

DÉCIMA: El delito de profanación religiosa del art. 524 CP exige para su tipicidad que la acción se lleve a cabo en templos, lugares destinados al culto o en ceremonias religiosas. Por consiguiente, se excluye la tipicidad de multitud de actos de profanación, toda vez que conductas como deshojar un Corán o quemar una cruz cristiana en la vía pública, quedarían libres de pena al no encajar en el tipo descrito, toda vez que no se cometen en ninguna de las localizaciones señaladas.

De lo expuesto se puede apreciar que el requisito de la localización no tiene sentido, pues los sentimientos religiosos no florecen únicamente en lugar sagrado y desaparecen a la salida de allí. Al contrario, la religión determina el libre desarrollo de la propia personalidad que, recordemos, es fundamento del orden político y paz social (artículo 10.1 CE). Así pues, entendemos que con este proceder no se protege adecuadamente los sentimientos religiosos. Estos pueden ser ofendidos perfectamente en un lugar que no sean templos, lugares de culto o ceremonias religiosas, y más aún en los tiempos actuales, con la explosión de las redes sociales e internet, siendo, de hecho, donde más odio se acumula.

UNDÉCIMA: El delito de escarnio a los dogmas, ritos, creencias o ceremonias religiosas (art. 525.1 CP) exige el particular ánimo de ofender a los sentimientos religiosos. Es decir, se exige un dolo específico. En su virtud, el autor del delito debe actuar con un total desprecio o desdén hacia las creencias religiosas de los demás, mostrando arrogancia, altivez o soberbia. Ahora bien, entendemos este requisito como reiterativo, pues el propio significado de *escarnio* incluye en su definición ese ánimo de afrentar u ofender. De esta forma, escarnio y ofensa van unidos, por lo que es imposible entender el uno sin el otro.

Así pues, el legislador está entorpeciendo la aplicación del tipo, dada la dificultad de probar un hecho propio de la psique humana y al dejar depender la tipicidad de un elemento esencialmente valorativo, como es que el desprecio que pueda irradiar el autor.

Por esto, junto al principio *in dubio pro reo* que rige el derecho punitivo, la mayoría de sentencias acaban sobreyendo o archivando las causas. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que ni para el escarnio de ateos o agnósticos, ni en la vejación a creyentes, se exige adicionalmente tal ánimo de ofensa.

DUODÉCIMA: El ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión no debe suprimir el ejercicio de la libertad religiosa. Ambos pueden concurrir y ejercerse de manera simultánea, sin que el uno impida al otro. Así pues, una persona puede manifestarse libremente y reivindicar, por ejemplo, el derecho al aborto; e incluso puede criticar la postura de una religión respecto a dicho tema. Sin embargo, para ello no se necesita profanar elementos sagrados, ni interrumpir actos religiosos, ni mucho menos ofender los sentimientos religiosos de nadie mediante escarnio o vejación.

El objetivo debe ser situar el punto de partida en el debate público y abierto en torno a las cuestiones religiosas, y no en la restricción de derechos que coarte las libertades individuales que tanto ha costado conseguir. Ambos derechos, como sustento del pluralismo, la democracia y la libertad pueden ser ejercidas con totalidad, pero para ello es necesario el respeto. Los creyentes no pueden pretender que su religión no sea criticada, pues a los críticos les ampara tanto la libertad de expresión como la propia libertad religiosa (en concreto, el derecho a no profesar ninguna religión y a manifestar esas convicciones agnósticas o ateas). Pero del mismo modo, quien libremente manifieste su expresión deberá cuidar el cómo difunde sus ideas, de forma que no afecte el derecho a la libertad religiosa de los demás.

Por consiguiente, debe excluirse del amparo otorgado por la libertad de expresión su ejercicio abusivo. Este acontecerá cuando el mensaje sea es injurioso, ofensivo o innecesario para lo que quiere se expresar o reivindicar, y sea dirigido a afectar el desarrollo de la libertad religiosa de los demás, lo cual se evidenciará según el lugar elegido para verter las expresiones realizadas, o por las personas a las que se ha dirigido el mensaje o el acto de expresión correspondiente. Lamentablemente, la práctica jurisdiccional, tanto española como europea, tiende a superponer la libertad de expresión sobre la religiosa.

DECIMOTERCERA: Se manifiesta una disparidad de criterios al enjuiciar los delitos de discurso del odio de los arts. 510.1.a) y c) CP, y los delitos contra la libertad religiosa susceptibles de ser cometidos mediante la palabra u otros medios de expresión.

Para condenar los discursos del odio del artículo 510 CP, basta con la apreciación del dolo básico, que se comprueba con las expresiones vertidas y con la voluntariedad del acto (que las manifestaciones no deriven de situaciones incontroladas, espontáneas o emocionales). Empero, para castigar el delito de profanación religiosa (art. 524 CP) o el delito de escarnio religioso (art. 525 CP), se requiere el dolo específico. Es decir, se exige que exista y se pruebe la particular intención del autor del ilícito de ofender los sentimientos religiosos.

No se entiende tal diferenciación, cuando todos ellos son delitos de odio perpetrados mediante los mismos medios de comisión, que son la palabra u otras formas de expresión; están motivados por prejuicios discriminatorios; y sus autores pretenden lanzar un mensaje a la víctima de que no son dignos de respeto.

De este modo, al discurso del odio dirigido contra la religión se le aplican unos requisitos que provocan que su condena sea más difícil, lo que provoca que casi la totalidad de procedimientos que enjuician estos delitos acaben en la absolución y sobreseimiento de la causa. Como consecuencia, en los últimos tiempos están siendo cada vez más frecuentes los ataques a la libertad religiosa. Es difícil no interrelacionar tal propagación con las reducidas sentencias condenatorias por delitos contra la libertad religiosa. Un ataque a la religión no solo busca provocar a las personas creyentes (a pesar de que los jueces afirmen, quizá inocentemente, que los autores no tenían intención de ofender los sentimientos religiosos, lo cual cuesta creer cuando los hechos son que dos mujeres entren desnudas a una capilla y se besen delante de los feligreses que se encontraban orando), sino que el fin es alterar la sociedad, suscitar el odio hacia unos dogmas y hacia quienes los profesan. De este modo, en cuanto se sentencia la impunidad de tales actos y los sitúan al amparo de la libertad de expresión, se anima la reiteración delictiva contra las creencias religiosas.

En conclusión, entendemos que el criterio a la hora de castigar la discriminación que motive delitos contra grupos vulnerables o contra sus miembros, debe ser uniforme, en aras a reducir y, por qué no, acabar con la lacra que supone la intolerancia.

DECIMOCUARTA: Es importante recalcar la trascendencia que tiene denunciar los hechos para avanzar en la lucha contra los delitos de odio, puesto que ello permitirá castigar al infractor, reparar los daños que haya sufrido la víctima y aumentar la conciencia sobre estos delitos de la sociedad. A estos efectos, son importantes las campañas de sensibilización, en las que se debería divulgar que la denuncia no es una acción restringida a la víctima, sino que incluso supone una obligación para el que presenciare un delito (o tuviere conocimiento de la perpetración de un delito que deba iniciarse de oficio), o para quienes por razón de su cargo o profesión conocieren de la comisión de un delito público (como son la mayoría de los delitos de odio).

DECIMOQUINTA: En *Emilio o la educación*, Rousseau afirma que «el hombre es bueno por naturaleza, pero se hace malo por culpa de las instituciones sociales». En este sentido, también hay voces que recuerdan la teoría de los médicos forenses según la cual «las sociedades tienen los delincuentes que se merecen, pues si se respira la corrupción de la libertad de expresión y la violación de los derechos fundamentales (...), produce una desviación en la conducta».

De este modo, al tratarse los delitos de odio de una conducta aprendida de los prejuicios discriminatorios latentes en la sociedad, debe procurarse que tal conducta sea desaprendida. Para ello se precisa la reintegración del individuo, a lo cual contribuye la justicia restaurativa. No obstante, deberá atenderse al caso concreto, pues en los delitos más graves que alteran el orden público, al afectar a cohesión y la estabilidad social, no parece aconsejable la justicia restaurativa.

DECIMOSEXTA: La LEVD resulta fundamental para evitar la victimización secundaria que puede suponer el procedimiento penal para la víctima. En concreto, resulta especialmente ventajoso para aquellas que no quieran mostrarse parte en el procedimiento, puesto que, aun así, podrán ver satisfechos sus derechos y reparados los daños ocasionados por el delito, pues el Ministerio Fiscal ejercerá las acciones que a la víctima corresponden. En cualquier caso, se les garantiza una serie de derechos extraprocesales anteriores a la interposición de la denuncia, que permiten a la víctima conocer el modo, el procedimiento y las consecuencias de la incoación del procedimiento. Asimismo, se les asegura su participación en el proceso, aun no mostrándose parte en él, mediante la comunicación de cuestiones clave, siempre y cuando haya solicitado ser

informada. Del mismo modo, para cuando la víctima decida ejercer la acusación particular, contará con el derecho de asistencia jurídica gratuita, y para el caso que no le sea concedida, con el derecho al reembolso de los gastos en los que haya incurrido para defender sus derechos.

DECIMOSÉPTIMA: En la protección a las víctimas, resulta fundamental la intervención tanto de las FCSE como de las OAVD. Ambas suponen la primera toma de contacto con la víctima, realizándoles una primera evaluación individual que servirá al órgano jurisdiccional competente tomar las medidas de protección adecuadas a partir de los informes de ambas instituciones. Por ello, consideramos fundamentales la formación en esta materia, y la promoción de sus servicios, lo cual está siendo desarrollada en la actualidad, para beneplácito de todos.

DECIMOCTAVA: La interposición de una denuncia por delito de odio obliga a las autoridades nacional a desplegar una investigación oficial efectiva en orden a determinar los hechos e identificar a los responsables y, especialmente, a averiguar si el odio o los prejuicios han sido el móvil delictivo. Este ánimo debe ser determinado con precisión, en aras a la salvaguarda a la seguridad jurídica. Ello, no obstante, representa el principal problema en la investigación. Para ello, se deberá partir de los indicadores de polarización. Estos indicadores de polarización podrán servir como prueba indirecta, siempre y cuando resulten plenamente probados, se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, y se explique el enlace lógico entre los indicios y la comisión del delito, en cuyo caso no supondrán una vulneración del principio a la presunción de inocencia. Para la constatación y validez de la prueba indiciaria, resultarán fundamentales la pericial de inteligencia, el rastreo de perfiles en redes sociales u otras páginas web que sirvan para comprobar los prejuicios discriminatorios incardinados en el autor, así como en el caso de hechos graves, diligencias de entrada y registro en el domicilio, interceptación de las comunicaciones, o el volcado y análisis de terminales de dispositivos electrónicos, o el acceso a sistemas de almacenamiento de información en «la nube».

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUTIÉRREZ, M.A. (director), *Manual Práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015. Disponible en: <https://cutt.ly/1hdKFC6>
- BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal. Estudio dogmático de los delitos sectarios*, Bosh Editor, Barcelona, 2018.
- BRIONES, I.M, «Herramientas para la prevención de los delitos de odio contra las personas o grupos de personas o por razón de religión o de creencias», en *Foro, Nueva época*, vol. 21, n.º 1 (2018). Disponible en: <https://cutt.ly/vkyBeke>.
- CÁMARA ARROYO, S., «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LXX, 2017, págs. 139 a 225. <https://cutt.ly/MhdKJAa>.
- «Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y de los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LXIX, 2016, pp. 123 a 210. Disponible en: <https://cutt.ly/hh8QI4b>.
- CANO RUIZ, I., *Guía sobre el Derecho de Libertad Religiosa en el ámbito de las relaciones laborales*, Comares, Granada, 2017.
- COMBALÍA, Z., «Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI (2015), pp. 355 a 379. Disponible en: <https://cutt.ly/hh8QI4b> [última consulta el 25/12/2020].
- COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA (ECRI), «Informe de la ECRI sobre España (quinto ciclo de supervisión)», publicado el 27 de febrero de 2018. Disponible online: <https://cutt.ly/skiFxbB>.
- DE ELENA MURILLO, V., «Comentario al Art. 523 del Código Penal», en AMADEO GADEA, S., *Código Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen II*, Factum Libri, 2010, pp. 588 a 591. Disponible en: <https://cutt.ly/hh8QBaP>.

- «Comentario al Art. 524 del Código Penal», en AMADEO GADEA, S., *Código Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen II*, Factum Libri, 2010, pp. 592 a 593. Disponible en: <https://cutt.ly/6h8R9sU>

- DOMÍNGUEZ DUEÑAS, M.^a G., *Los delitos de odio*. Disponible en: <https://cutt.ly/hhdLaQ4> [fecha de consulta 12/09/2020]

- FERREIRO GALGUERA, J, «Libertad religiosa e ideológica: garantías procesales y tutela penal», disponible en: <https://cutt.ly/1h8Q27D>.

- Fiscalía General del Estado, Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510. Disponible en: <https://cutt.ly/4hdLdqC>.

- Memoria elevada al Gobierno de S.M., año 2019. Disponible en: <https://cutt.ly/IhdLTo3>.

- FRA (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), «Manual de legislación europea contra la discriminación», Edición de 2018. Disponible en: <https://cutt.ly/6j7vPVh>.

- FUENTES OSORIO, J.L., «El odio como delito», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, núm. 19-27, ISSN 1695-0194. Disponible en: <https://cutt.ly/JhdLhb5>.

- GONZÁLEZ URIEL, D., «La religión y su juridificación (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXII, BJM núm. 2.209, Junio de 2018, ISSN: 1989-4767. Disponible en: <https://cutt.ly/Rh8Waxb>.

- GUERRI FERNÁNDEZ, C., «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España», en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2015. Disponible en: <https://cutt.ly/ehdLj3f>.

- IBARRA, E., «Contra la Discriminación y el Delito de Odio. En solidaridad con las Víctimas» (online). Disponible en: <https://cutt.ly/ohdLzd6>.

- Ministerio del Interior, «Qué es un delito de odio». Disponible en: <https://cutt.ly/vhdLbvt>.

- «Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación», p. 31. Disponible en: <https://cutt.ly/PjPM0p6>
- «Informe de la Evolución de los delitos de odio en España. Año 2019». Disponible en: <https://cutt.ly/vjPBwQp>

Ministerio de Empleo y Seguridad Social (OBERAXE), «La persecución penal de los delitos de odio sobre los delitos de odio (Guía práctica)». Disponible en: <https://cutt.ly/KhdLQal>.

- «Legislación sobre los delitos de odio (Guía práctica)». Disponible en: <https://cutt.ly/4hdLWv1>.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., «Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, núm. 21-17, ISSN 1695-0194. Disponible en: <https://cutt.ly/Dh8WWgd>.

ROCA DE AGAPITO, L., «El delito de escarnio de los sentimientos religiosos», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII (2017), pp. 557 a 597. Disponible en: <https://cutt.ly/Sh8WYbZ>.

RODRÍGUEZ BLANCO, M., *Derecho y Religión. Nociones de Derecho eclesiástico del Estado*. Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2013

ROMERO, E., «¿Qué puede considerarse delito contra los sentimientos religiosos?» (online), disponible en: <https://cutt.ly/qh8WDWF>.

ROUSSEAU, J.J., *Emilio o la educación* (online). Disponible en: <https://cutt.ly/bkyVqih>

SALINAS MENGUAL, J., «Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre la libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, VOL. XXXV, 2019, pp. 222 a 268. Disponible en: <https://cutt.ly/Vh8Elcv>.

VV.AA., *Delitos de odio, guía práctica para la abogacía*, Fundación Abogacía Española. Disponible en: <https://cutt.ly/jhdLDXE>.

Wolters Kluwer, Guías Jurídicas, «Delitos contra los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas» (online). Disponible en: <https://cutt.ly/ChdL56n>.

- «Mediación penal reparadora en adultos». Disponible en: <https://cutt.ly/6jSyuKb>

OTROS RECURSOS ELECTRÓNICOS

BBC News Mundo, «Decapitación en Francia: los reveladores detalles sobre los eventos previos al asesinato del profesor Samuel Paty». Disponible en: <https://cutt.ly/qh8EveF> [última consulta 26/12/2020].

UNICEF, «Día internacional de Conmemoración de las Víctimas del Holocausto». Disponible en: <https://cutt.ly/dj5HFUH>

Tweet publicado el 27 de noviembre de 2018 en *Twitter* por el perfil oficial del *Auschwitz Memorial*, disponible en: <https://cutt.ly/zj5GTCB>.

LEGISLACIÓN Y NORMATIVA

- Comunitaria

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Disponible en: <https://cutt.ly/9j7vhUY>.

Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal. Disponible en: <https://cutt.ly/PhdZIUl>

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Disponible en: <https://cutt.ly/fjSrPge>

- Nacional

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Disponible en: <https://cutt.ly/djSr3UL>

Constitución Española. Disponible en: <https://cutt.ly/mhdZxxd>

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Disponible en: <https://cutt.ly/jh8RijU>

Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. Disponible en: <https://cutt.ly/JjSyWdp>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en: <https://cutt.ly/2hdZcS7>

Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia, aprobada por la Comunidad Autónoma de Cataluña. Disponible en: <https://cutt.ly/OjStuo8>

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en: <https://cutt.ly/IhdZnqm>

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Disponible en: <https://cutt.ly/xjSrXqp>

Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. Disponible en: <https://cutt.ly/cjStFkf>

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1993, Fundamento Jurídico Tercero. Disponible en: <https://cutt.ly/ph8RoKA>.

Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011, de 12 de abril. Disponible en: <https://cutt.ly/6h8RgAT>.

Sentencia del Tribunal Supremo n.º 263/2012, de 28 de marzo. Disponible en: <https://cutt.ly/jj7bLtp>

Sentencia del Tribunal Supremo 314/2015, de 4 de mayo. Disponible en: <https://cutt.ly/2j7na4y>.

Sentencia del Tribunal Supremo 300/2015, de 19 de mayo. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/571257698>.

Sentencia del Tribunal Supremo n.º 72/2018, de 9 de febrero. Disponible en:
<https://cutt.ly/uh8gwve>.

Sentencia de la del Tribunal Supremo 835/2017, de 19 de diciembre. Disponible en:
<https://cutt.ly/Oh8RjRl>.

Sentencia del Tribunal Supremo 620/2018, de 4 de diciembre. Disponible en:
<https://cutt.ly/sh8RIKS>

Sentencia del Tribunal Supremo 706/2020, de 23 de julio. Disponible en:
<https://cutt.ly/Qj7nHEc>

- **Tribunal Constitucional**

Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 24/1982, de 13 de mayo. Disponible en:
<https://cutt.ly/oh8Rcxb>.

Sentencia de la del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo. Disponible en:
<https://cutt.ly/Rh8Rv4b>.

Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero. Disponible en:
<https://cutt.ly/Vh8RE89> [última consulta 22/12/2020]

Sentencia del Tribunal Constitucional 101/2004, de 2 de junio. Disponible en:
<https://cutt.ly/Yh8RY3w>.

Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 15/2014, de 25 de febrero de 2014. Disponible en: <https://cutt.ly/Kj7bkfT>

Sentencia del Tribunal Constitucional 226/2016, de 22 de diciembre. Disponible en:
<https://cutt.ly/ih8RI72>.

- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1993, Caso Kokkinakis contra Grecia. Disponible en: <https://cutt.ly/Dh8ggux>.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de octubre de 2015, Asunto Balázs contra Hungría. Disponible en: <https://cutt.ly/Pj7vweB>.

